

JURISTISCHE FAKULTÄT DER HUMBOLDT-UNIVERSITÄT ZU BERLIN

Dissertation

Der Weg in die Reform der Insolvenzanfechtung:
Eine Auseinandersetzung mit der Kritik an der
Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO a.F.

Vorgelegt von

Nadine Karrasch

Gutachter:

Prof. Dr. Reinhard Singer

Prof. Dr. Christoph Paulus

Tag der Verteidigung: 06.11.2018

Zusammenfassung

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, die Kritik an der Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO a.F. herauszuarbeiten und zu diskutieren. Zudem gibt die Arbeit einen Überblick über die Gesetzesreform vom 29.03.2017 (BGBl. I S. 654). Zunächst werden die Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung dargestellt und die Auslegung dieser Voraussetzungen durch die Rechtsprechung anhand von Beispielen herausgearbeitet. Die Arbeit zeigt die Kritik an der dargestellten Rechtsprechung auf und setzt sich mit verschiedenen Lösungsansätzen und Argumentationssträngen der juristischen Lehre auseinander. Die Autorin entwickelt einen eigenen Ansatz, der an dem Vorsatzbegriff anknüpft und unterbreitet einen Vorschlag für eine Gesetzesänderung. Im Anschluss wird die Reform der Insolvenzanfechtung besprochen. Dabei fragt die Autorin kritisch, ob die Reform als Erfolg zu bewerten ist.

Abstract

The aim of this paper is to elaborate and discuss the critique of the contestation of an intentional preference according to § 133 para. 1 InsO previous version. In addition, the work gives an overview of the legal reform dated 29.03.2017 (BGBl. I p. 654). First of all, the prerequisites for contesting an intentional preference are presented and the interpretation of the prerequisites by the jurisprudence is displayed on the basis of case law. The work illustrates the critique of the reviewed case law and discusses the different solutions and lines of reasoning presented in legal academia. Subsequently the author develops her own approach, which ties in with the concept of intent, and submits a proposal for an amendment of the law. Finally, the reform of the contestation of an intentional preference is discussed. The author critically evaluates whether the reform should be considered a success.

Meinen Eltern

Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung	1
B.	Forschungsstand	3
C.	Die Vorsatzanfechtung im Rahmen des Anfechtungsrechts	4
I.	Motive des Insolvenzrechts	4
II.	Motiv der Insolvenzanfechtung	6
III.	Anfechtungsgründe	7
1.	Kongruente Deckung	8
2.	Inkongruente Deckung	9
3.	§ 132 InsO	10
4.	Unentgeltliche Leistung (§ 134 InsO)	11
5.	Gesellschafterdarlehen (§ 135 InsO)	11
6.	Einlagen stiller Gesellschafter (§ 136 InsO)	11
IV.	Ausnahme Bargeschäft	12
V.	Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO)	15
1.	Rechtshistorische Entwicklung	16
a)	Actio pauliana	16
b)	Konkursordnung von 1877	18
c)	Insolvenzordnung	19
D.	Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung	20
I.	Gläubigerbenachteiligende Rechtshandlung gem. § 129 InsO	20
II.	Gläubigerbenachteiligungsvorsatz	22
1.	Tatbestand	22
a)	Auslegung des Ausdrucks Absicht	23
b)	Formulierung in der InsO	24
c)	Anforderungen	24
d)	Kausalität	25
e)	Unlauterkeit	25

f) Maßgeblicher Zeitpunkt	25
2. Beweislast	26
a) § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO	27
b) Zahlungsunfähigkeit	28
c) Inkongruenz	29
d) Sanierungseinwand	31
III. Kenntnis vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz	32
1. § 17 Abs. 2 S. 2 InsO	35
a) Beweisanzeichen	36
b) Täuschungen	37
2. Zusammenfassung	37
E. Analyse der Rechtsprechung	37
I. Regulierungsverfahren	37
1. Ratenzahlung – Das Nikolaus-Urteil	38
a) Tatbestand	38
b) Entscheidungsgründe	38
c) Kritik	39
2. Forderungsverzicht	40
a) Tatbestand	40
b) Entscheidungsgründe	40
c) Kritik	41
3. Zwangsvollstreckung	43
a) Tatbestand und Entscheidungsgründe	43
b) Kritik	44
4. Zahlung unter Strafdruck	45
a) Erfüllung einer Geldauflage	45
b) Entscheidungsgründe	45
c) Begleichen einer Geldstrafe	46

d)	Entscheidungsgründe BGH IX ZR 280/13	46
e)	Kritik	48
5.	Rückzahlung Treuhänderin.....	50
a)	Tatbestand	50
b)	Entscheidungsgründe	50
c)	Kritik	52
6.	Die kontoführende Bank als Zahlungsmittlerin.....	53
a)	Tatbestand	53
b)	Entscheidungsgründe	53
c)	Kritik	54
7.	Die Rechtsprechung des BAG	55
a)	Rückzahlung von Lohnzahlungen.....	55
b)	Im Wege des Bargeschäfts erfolgte Lohnzahlungen.....	58
II.	Kritik aus der Wirtschaft.....	63
1.	Gemeinsames Positionspapier von BGA, BDB, BDEW, BDS AG, BvCM, bvdm, EFET, t+m und BDL.....	63
2.	Positionspapier des Bundesverbandes der Deutschen Industrie (BDI) und des Zentralverbandes des Deutschen Handwerks (ZDH) v. 14.10.2013.....	67
3.	Zusammenfassung	68
III.	Verbraucherinsolvenz	69
1.	Ausblick	69
a)	Unpfändbarkeit.....	70
b)	Beispiele	72
aa)	Unterhalt	73
bb)	Ratenzahlung und Zwangsvollstreckung.....	75
cc)	Arztrechnung	78
2.	Ergebnis	79
F.	Lösung.....	80

I.	Teleologische Reduktion	80
1.	Ausschlussprinzip	80
2.	Unlauterkeit	81
3.	Bargeschäft	83
4.	Elemente einer intensiveren Interpretation des § 133 InsO	84
a)	Vorwurf der Realitätsferne.....	84
b)	Auslegung der Norm	85
aa)	Historisch-teleologische Auslegung	85
bb)	Telos.....	87
cc)	Systematik.....	89
(1)	Das Verhältnis von § 133 InsO und § 130 InsO	89
(2)	Verhältnis zu § 142 InsO.....	90
(3)	Verhältnis zu § 131 InsO.....	90
(4)	Verhältnis zu § 3 Abs. 1 AnfG.....	92
(5)	Ergebnis.....	92
II.	Replik.....	93
G.	Stellungnahme	97
I.	Realitätsferne	98
II.	Wortlaut	99
III.	Historisch	99
IV.	Systematik.....	100
V.	Schutzzweck	101
H.	Reform der Vorsatzanfechtung durch den Gesetzgeber	109
I.	Regierungsentwurf 2005	109
II.	Aktueller Stand	110
1.	Vorschläge aus der Wirtschaft.....	111
2.	Eckpunktpapier des Bundesministeriums für Justiz	114
3.	Kritik.....	116

4. Referentenentwurf	120
5. Regierungsentwurf vom 27.12.2015 und Gesetzesänderung.....	122
6. Kritik.....	126
III. Eigener Vorschlag.....	130
I. Schluss.....	139

Abkürzungsverzeichnis

BT-Drucks 12/2443:

Deutscher Bundestag Drucksache 12/2443; Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf einer Insolvenzordnung (InsO)

BT-Drucks. 18/7054:

Deutscher Bundestag Drucksache 18/7054; Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz

BR-Drucks. 618/05:

Bundesrat Drucksache 618/05; Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge und zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung

ESUG:

Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen

Motive KO:

Motive zu dem Entwurf einer Konkursordnung und zu dem Entwurf des Einführungsgesetzes; zitiert entsprechend der Seitenzahl des Originals nach: *Hahn, Carl*, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band 4, Materialien zur Konkursordnung, Berlin 1881, Neudruck Aalen 1983.

Gemeinsame Stellungnahme:

Gemeinsame Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz

Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz von: Bundesverband Großhandel, Außenhandel, Dienstleistungen e. V. (BGA), Bundesverband Deutscher Baustoff-Fachhandel e. V. (BDB), Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft (BDEW), Bundesverband Deutscher Stahlhandel (BDS AG), Bundesverband Credit Management e. V. (BvCM), Bundesverband Druck und

Medien e. V. (bvdm), Verband Deutscher Gas- und Stromhändler e. V. (EFET Deutschland), Gesamtverband der deutschen Textil- und Modeindustrie e. V. (t+m), Bundesverband Deutscher Leasing-Unternehmen e. V. (BDL), Deutscher Franchise Verband e. V. (DFV), Centralvereinigung Dt. Wirtschaftsverbände für Handelsvermittlung und Vertrieb e. V. (CDH), Bundesverband der Systemgastronomie e. V. (BdS) vom 08. Juni 2015

URL: http://www.heribert-hirte.de/images/Gesetzesvorhaben/Insolvenzanfechtung/AnfR_StN_RefE_BGA_GemeinsameStellungnahme.pdf, zuletzt abgerufen am 17.11.2015, 14:50 Uhr

Stellungnahme BDIU:

Stellungnahme des Bundesverbandes Deutscher Inkasso-Unternehmen e. V. (BDIU) zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz vom 09. Juni 2015

http://www.heribert-hirte.de/images/Gesetzesvorhaben/Insolvenzanfechtung/AnfR_StN_RefE_BDIU_2015_06_09_BDIU_StellungnahmeRefE-Insolvenzanfechtung.pdf, 17.11.2015, 14:55

Stellungnahme BDI:

Stellungnahme des Bundesverbandes der Deutschen Industrie e. V. (BDI) zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz vom 19. Juni 2015

http://www.heribert-hirte.de/images/Gesetzesvorhaben/Insolvenzanfechtung/AnfR_StN_RefE_BDI_Stn_RefE_InsolvenzanfechtungStand19062015.pdf, 17.11.2015, 14:52

A. Einleitung

„Ein Gespenst geht um in Deutschland – die Vorsatzanfechtung“¹, warnte *Priebe* zum Thema „Risiko Ratenzahlung“ in Anspielung auf den Anfang des Kommunistischen Manifest von *Karl Marx* und *Friedrich Engels*. Dieses Gespenst verbreitete bislang Angst und Schrecken unter Lieferanten und Produzenten, nahezu jeder Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr schien um seine Einnahmen zu fürchten, ja um die Funktionsfähigkeit des gesamten Wirtschaftslebens.² Durch die Verbraucherinsolvenz erhielt das *Gespenst* einen weiteren *Spukbereich*.

Dieser *Spuk* stellte nicht nur bislang übliche und vertraute Geschäftspraktiken in Frage, sondern berührte auch die Rechtssicherheit im Insolvenzanfechtungsrecht, wie es etwa die bekannte Wirtschaftskanzlei Hengeler Mueller zu spüren bekam.³ Das Landgericht Frankfurt verurteilte die Kanzlei zur Rückzahlung der Honorare des früheren Solarzellenherstellers Q-Cells an deren Insolvenzverwalter.

Das von *Priebe* gleichsam als Spuk titulierte Institut der Vorsatzanfechtung blickt bereits auf eine lange Tradition zurück: Schon im alten Rom wurde die Vorsatzanfechtung, die *actio pauliana*, entwickelt. Das Anfechtungsrecht ermöglichte und ermöglicht, nachteilige geschäftliche Vorgänge zuungunsten der Gläubigergesamtheit rückgängig zu machen.⁴

Im bundesdeutschen Recht gibt es unterschiedliche Anknüpfungspunkte für eine Anfechtung. Die Anfechtungsregelungen finden sich in den §§ 129 ff. InsO, die Vorsatzanfechtung selbst ist in § 133 InsO normiert. Es werden verschiedene tatbestandliche Voraussetzungen normiert, die eine Anfechtung und die damit bezweckte Restriktion rechtfertigen.

Die ursprüngliche *actio pauliana* sollte ein fraudulöses Handeln bestrafen.⁵ Auch die daran anknüpfende Regelung der Absichtsanfechtung in § 31 KO diente der Sanktionierung

¹ *Priebe*, ZInsO 2013, 2479.

² Vgl. *Zgaga*, Forderungspapier des Mittelstandsverbands – ZGV e.V. zum Problem der Insolvenzanfechtung nach § 133 InsO vom 12.12.2013.

³ *Hielscher, Henryk*: Wirtschaftskanzlei muss Millionen an Q-Cells-Insolvenzverwalter zurückzahlen. In: Wirtschaftswoche online. URL: <http://www.wiwo.de/unternehmen/dienstleister/hengeler-mueller-wirtschaftskanzlei-muss-millions-an-q-cells-insolvenzverwalter-zurueckzahlen/11865630.html>, zuletzt abgerufen am 19.10.2015, 20:11.

⁴ BT-Drucks. 11/2443, S. 156.

⁵ Motive KO, S. 138; *Grevesmühl*, Gläubigeranfechtung, S. 62; *Thole*, Gläubigerschutz, S. 290.

unlauterer Verhaltensweisen. Eine Rechtshandlung, die auf einer absichtlichen Benachteiligung der Gläubiger beruht, ist nicht schützenswert. Der Absichtsanfechtung nach § 31 KO kam in der Praxis jedoch nur eine geringe Bedeutung zu.⁶ Erst ihre Nachfolgerin, die Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO a.F., und die Rechtsprechung des BGH der letzten Jahre führten zu einer *Renaissance*⁷ der unlauterkeitsstrafenden Anfechtungsnorm. Der Vorschrift wurde *Bork* zufolge eine neue *Strahlkraft* verliehen,⁸ mit der sich die Vorsatzanfechtung zur neuen *Wunderwaffe* der Insolvenzverwalter entwickelt habe.⁹

Doch wie bei jeder Waffe steht am Ende des Laufes ein betroffenes *Opfer*. So sahen sich diverse Wirtschaftsteilnehmer als *Opfer der Wunderwaffe Vorsatzanfechtung*, die mit ihren Vermutungsketten und Beweiserleichterungen laut *Priebe* wie ein *Gespens* im bundesdeutschen Wirtschaftsleben umgehe.¹⁰

Deshalb rückte die Vorsatzanfechtung in den Fokus des Gesetzgebers. Bereits im Dezember 2015 stellte die Bundesregierung einen Gesetzesentwurf vor, der das Anfechtungsrecht zum Wohle der Rechtssicherheit reformieren sollte.¹¹ Die Reform der Insolvenzanfechtung trat nunmehr am 5. April 2017 in Kraft.

Diesem *Spuk* wird in der vorliegenden Arbeit mit dem Ziel nachgegangen, den Tatbestand der Vorsatzanfechtung und dessen Auslegung durch die Rechtsprechung, insbesondere durch den BGH, kritisch zu prüfen. Zu diesem Zweck werden unterschiedliche Urteile aus der Rechtsprechungspraxis analysiert.

Zunächst wird ein Überblick über den aktuellen Forschungsstand und den Inhalt der Regelung der Vorsatzanfechtung (§ 133 Abs. 1 InsO a.F.) sowie ihre systematische Stellung innerhalb des Anfechtungsrechts gegeben.

Danach wird die Kritik an der Vorsatzanfechtung von Seiten der Wirtschaft und der Fachliteratur beleuchtet und kritisch gewürdigt, um daraus eine praktikable und allseits akzeptable Lösung für die aufgeworfenen Probleme und Fragen zu entwickeln.

Darüber hinaus zeigt die Arbeit die Entwicklung der Reform auf dem Gebiet der Vorsatzanfechtung, wie sie der Koalitionsvertrag „*Deutschlands Zukunft gestalten*“ von CDU,

⁶ BT-Drucks. 11/2443, S. 156.

⁷ *Bork*, ZIP 2004, 1684.

⁸ *Bork*, ZIP 2004, 1684.

⁹ *Bork*, ZIP 2004, 1684.

¹⁰ *Priebe*, ZInsO 2013, 2479.

¹¹ BT-Drucks. 18/7054, S. 1.

CSU und SPD vom 27. November 2013 vorsah¹² und inwiefern die Reform ihrem Ziel, Rechtssicherheit zu schaffen, gerecht wird.

B. Forschungsstand

Die Vorsatzanfechtung gem. § 133 Abs. 1 InsO a.F. wurde durch die Rechtsprechung des BGH weit ausgelegt. Zur Bejahung der subjektiven Tatbestandsmerkmale hatte der BGH eine Reihe von Beweiserleichterungen entwickelt, die dem Insolvenzverwalter eine einfache Durchsetzung der Anfechtung ermöglichten. Die Vorsatzanfechtung erfasste daher nicht nur unlautere Rechtshandlungen, die die Gläubiger bewusst und gewollt benachteiligten, sondern auch solche Handlungen, die auf den ersten Blick nicht unter den Begriff *vorsätzliche Gläubigerbenachteiligung* fielen. Auch Zahlungen, die zur Abwendung einer Strafe¹³ oder zur Abwendung einer Zwangsvollstreckung¹⁴ erfolgten, sowie Lohnzahlungen und Zahlungen im Rahmen von Sanierungsbemühungen¹⁵ konnten grundsätzlich von der Vorsatzanfechtung erfasst werden.

Diese Auslegung der Vorsatzanfechtung durch den BGH stieß in der Wirtschaft auf breite Kritik. Verschiedene Wirtschaftsverbände richteten sich mit einer Änderungsaufforderung an den Gesetzgeber.¹⁶ Die Vorsatzanfechtung gehe zu weit und widerspreche den Usancen im alltäglichen Geschäftsverkehr. Die Vorsatzanfechtung bedrohe Ratenzahlungen und sonstige Zahlungserleichterungen, die im Wirtschaftsleben gängig und bewährt seien. Durch die weite Auslegung entstehe eine große Rechtsunsicherheit.¹⁷

Der Gesetzgeber versuchte dieser Rechtsunsicherheit entgegenzuwirken. Der erste Regierungsentwurf vom 10.08.2005¹⁸ wurde jedoch nicht umgesetzt. Auch der Regierungsentwurf vom 16.12.2015¹⁹ ist nach den Ausführungen der Sachverständigen im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucher nicht stimmig.²⁰ Nach wenigen Änderungen wurde der Entwurf dennoch verabschiedet.

¹² Koalitionsvertrag, S. 9.

¹³ BGH, NJW-RR 2014, 1266.

¹⁴ BGH, NJW-RR 2011, 783.

¹⁵ BGH, NZI 2012, 142.

¹⁶ S. bspw. *Schneidewind*, Positionspapier.

¹⁷ Bspw.: Positionspapier, ZInsO 2013, 2312, 2313.

¹⁸ RegE 2005, ZIP 2005, 1201.

¹⁹ BT-Drucks. 18/7054.

²⁰ Bspw.: *Huber*, Stellungnahme.

Auch in der Literatur wurde die Auslegung der Vorsatzanfechtung durch den BGH kritisiert.²¹ Hervorzuheben ist die Ansicht, wonach die Auslegung mit dem Sinn und Zweck der Norm sowie mit deren historischer Bedeutung nicht vereinbar sei. Die Vorsatzanfechtung solle nur unlauteres Handeln bestrafen. Daher sei die Unlauterkeit stets als weiteres Tatbestandsmerkmal der Norm zu prüfen.²²

Um diese Kritik in ihren zentralen Punkten nachzuvollziehen und bewerten zu können, ist zunächst eine Analyse der Rechtsprechung erforderlich. Anhand dieser Analyse erfolgt in der vorliegenden Arbeit eine Auseinandersetzung mit der Vorsatzanfechtung. Im Rahmen dieser Auseinandersetzung wird eine Auslegung der Norm vorgenommen, denn erst eine solche Auslegung kann zeigen, ob die Ergebnisse der Rechtsprechung von der Norm gedeckt sind. Diese Arbeit wird zeigen, dass eine sachgerechte Auslegung, die sich an die juristische Methodenlehre hält, auch ohne zusätzliche Tatbestandsmerkmale zu einer interessengerechten Lösung führen konnte und eine Gesetzesänderung daher nicht zwingend erforderlich war. Dennoch war eine Gesetzesänderung grundsätzlich sinnvoll, um für die Gerichte und Teilnehmer am Geschäftsverkehr Rechtsklarheit und Rechtssicherheit zu schaffen.

C. Die Vorsatzanfechtung im Rahmen des Anfechtungsrechts

Die Vorsatzanfechtung gem. § 133 InsO ist Teil des Insolvenzanfechtungsrechts. Sie ist ein Instrument des Insolvenzverwalters, um Rechtshandlungen des Schuldners rückgängig zu machen, die im Vorfeld des Verfahrens ausgewählte Gläubiger begünstigt haben.

Die Vorsatzanfechtung kann nicht isoliert, sondern nur in ihrem Gesamtkontext verstanden werden. Welche Motive leiten das Insolvenzrecht und speziell die Insolvenzanfechtung, welches Ziel verfolgt dabei die Vorsatzanfechtung und wie verhält sich diese im Vergleich zu weiteren Anfechtungsmöglichkeiten? Diese Fragen führen erst zu einem Gesamtbild der Vorsatzanfechtung. Daher ist dieses Mittel zunächst im Rahmen des Insolvenzrechtes, insbesondere des Anfechtungsrechts, zu betrachten.

I. Motive des Insolvenzrechts

Pacta sunt servanda – *Verträge sind zu erfüllen*, lautet eines der Grundprinzipien des Privatrechts. § 194 Abs. 1 BGB definiert in diesem Sinne den Anspruch des Gläubigers,

²¹ Bspw.: Bork, ZIP 2004, 1684.

²² Bork, ZIP, 2008, 1041; Lind, Auslegung, S. 107; Paulus, FS Fischer, S. 445.

wonach er das Recht hat von dem Schuldner, ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen. Kommt der Schuldner diesem Verlangen nicht nach, greifen – als Ausfluss des Rechtsstaatlichkeitsprinzips – die Regelungen des Zwangsvollstreckungsverfahrens. Denn die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes erfordert gegebenenfalls auch die Rechtswirklichung durch Vollstreckung.²³

So verhilft das staatlich organisierte Verfahren dem Gläubiger zur Durchsetzung seiner Ansprüche und kann gleichzeitig eine private Selbsthilfe verhindern, die eine Störung des Rechtsfriedens bewirken würde.²⁴

Ist der Schuldner jedoch zahlungsunfähig oder überschuldet oder gar beides zugleich, kann er seine Gläubiger nicht mehr befriedigen, selbst wenn er dazu gewillt ist. Die Zwangsvollstreckung in Form des Einzelzwangsvollstreckungsverfahrens und in Verfolgung des herrschenden Prioritätsgrundsatzes (vgl. § 804 Abs. 3 ZPO) kann in dieser Situation zu erheblichen Ungerechtigkeiten führen.²⁵ Getreu dem Sprichwort *Wer zuerst kommt, mahlt zuerst* würden einige Gläubiger eine vollumfängliche Befriedigung erhalten, während andere gar keine Befriedigung erführen. Dies hätte Ungleichbehandlungen zur Folge, die im Hinblick auf Art. 3 GG und das Sozialstaatsprinzip gem. Art. 20 GG verfassungsrechtlich bedenklich sind.²⁶ Daher wird der Prioritätsgrundsatz zu Gunsten einer Gläubigergleichbehandlung durchbrochen.²⁷ Auch gesamtwirtschaftliche Interessen rechtfertigen diese Durchbrechung: Der Prioritätsgrundsatz würde zwangsläufig zu einem *Wettrennen* zwischen den Gläubigern führen. Die Erfolgchancen bei diesem *Wettrennen* sind jedoch nicht gleichmäßig verteilt. Sie hängen von verschiedenen Faktoren ab, insbesondere von der persönlichen Beziehung zum Schuldner und vom Zugang zu Informationen.²⁸ Gegen solche Risiken in einem möglichen Wettrennen wird sich manch ein Gläubiger absichern wollen, indem er Sicherheiten bestellt oder Kreditversicherungen abschließt. Solche Schritte sind jedoch nicht immer möglich und nicht immer sinnvoll. Auch die dann entstehenden Kosten, die ein Gläubiger aufwenden müsste, um in einem *Wettrennen* nicht benachteiligt zu werden oder gar zu verlieren, würden im Ergebnis das

²³ MünchKomm/Stürner, Einleitung InsO, Rn. 77.

²⁴ MünchKomm/Stürner, Einleitung InsO, Rn. 77.

²⁵ MünchKomm/Stürner, Einleitung InsO, Rn. 77.

²⁶ MünchKomm/Stürner, Einleitung InsO, Rn. 95.

²⁷ Lind, Auslegung, S. 22.

²⁸ Lind, Auslegung, S. 22.

zur Verfügung stehende Vermögen des Schuldners nur weiter mindern und sich letztlich nachteilig auf die Interessen der Gläubigergesamtheit auswirken.²⁹

Ziel des Insolvenzrechts ist es daher, eine möglichst gleiche Gläubigerbehandlung durch das gesamte der Vollstreckung unterworfenen Vermögen des Schuldners herzustellen. In den Motiven der KO wird von einem rechtlichen Anspruch der Gläubiger gesprochen, das mit Eintritt der Insolvenz das gesamte vorhandene Vermögen des Schuldners unter den Gläubigern zu verteilen ist.³⁰ Auch § 1 InsO formuliert dieses Ziel: Das Insolvenzverfahren diene dazu, die Gläubiger gemeinschaftlich zu befriedigen.

II. Motiv der Insolvenzanfechtung

Die Insolvenzanfechtung soll im Rahmen der Ziele des Insolvenzverfahrens ungerechtfertigte Vermögensverschiebungen, welche die haftende Insolvenzmasse verkleinern, rückgängig machen.³¹

Die besondere Anfechtung (§§ 130, 131 InsO) schafft einen Ausgleich zwischen der zeitlichen Diskrepanz zwischen materieller und formeller Insolvenz.³² Die verfügungsbeschränkende Wirkung, die mit der Eröffnung der Insolvenz eintritt, wird dadurch auf einen früheren Zeitpunkt vorgelagert. Dabei wird die haftende Masse so gestellt, als wäre das Insolvenzverfahren bereits zu diesem früheren Zeitpunkt eröffnet worden.³³

Nach dem Sinn und Zweck des Insolvenzrechts besteht der Anspruch der Gläubiger auf eine gleiche Behandlung bereits zu dem Zeitpunkt, in dem der Schuldner nicht mehr in der Lage ist, seine Gläubiger zu befriedigen.³⁴ Ein späterer Beschluss eines Gerichts über die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens bestätigt diesen Anspruch lediglich.³⁵

Anderenfalls wäre eine Aufzehrung der Masse möglich, die das ordnungsgemäße Verfahren gefährden könnte. Diejenigen Gläubiger, die Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners haben, könnten der Masse Vermögenswerte in erheblichem Umfang entziehen, um so die Beschränkung ihrer Rechte und Chancen durch eine folgende formelle Insolvenz zu vermeiden.³⁶

²⁹ *Lind*, Auslegung, S. 23.

³⁰ Motive KO, S. 102; *Lind*, Auslegung, S. 23.

³¹ BT-Drucks. 12/2443 S. 156.

³² MünchKomm/Kayser, § 130 InsO, Rn. 1.

³³ *Henckel*, ZIP 1982, 391. 393.

³⁴ Motive KO, S. 102, 119.

³⁵ Motive KO, S. 102, 119.

³⁶ *Lind*, Auslegung, S. 27.

In der KO war deshalb die Kenntnis des Gläubigers von der Zahlungseinstellung als äußere Erscheinung der Zahlungsunfähigkeit notwendig, um den Rechtsverkehr zu schützen (§ 23 KO).³⁷

Eine umfassende Wirkung der Insolvenz ist erst mit der Eröffnung des Verfahrens gerechtfertigt, denn zu diesem Zeitpunkt ist eine Kenntnisnahme möglich. Dieser Ansatz ist eine Ausprägung des Gutgläubensprinzips, wie es beispielsweise in den §§989, 932ff BGB, § 81 Abs. 1 S.2, § 91 Abs. 2 InsO zu finden ist. Eine nicht publizierte und nicht bekannte Haftungszuweisung kann durch einen gutgläubigen Erwerb überwunden werden.³⁸

Diese Intention des Gesetzgebers wird unmittelbar umgesetzt durch die mögliche Anfechtung einer kongruenten Deckung³⁹ gem. § 130 InsO. Denn wenn der Gläubiger die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners kannte, ist eine an ihn erfolgte Befriedigung oder Sicherung im maßgeblichen Zeitraum anfechtbar und die Insolvenz wird vorverlagert.

Die Anfechtung wegen einer inkongruenten Deckung⁴⁰ trägt zudem einem anderen Umstand Rechnung: Erhält ein Gläubiger eine Sicherung oder Befriedigung, welche ihm nicht zusteht, ist sein Interesse weniger schutzwürdig als das der anderen Gläubiger. Zudem liegt in dieser Situation der Verdacht nahe, dass der Gläubiger Kenntnis von der wirtschaftlichen Krise des Schuldners hatte.⁴¹ Ein solcher Verdacht der inkongruenten Deckung führt demnach zu einer Vermutung der Kenntnis des Gläubigers von der Zahlungsunfähigkeit (dazu näher unter D.II.2.c).⁴² Diese Vermutung beruht auf der Überlegung, dass derjenige, der eine ihm nicht gebührende Leistung erhält, sich sehr eingehend nach den Verhältnissen des Leistenden erkundet haben muss.⁴³ Daher verlangt § 131 Abs. 1 Nr.2 InsO nur das Vorliegen einer Zahlungsunfähigkeit, aber nicht die tatsächliche Kenntnis hiervon. In § 131 Abs. Nr. 1 InsO wird die Zahlungsunfähigkeit sogar vermutet.

III. Anfechtungsgründe

Die gesetzgeberischen Ziele finden sich in den einzelnen Tatbeständen des Anfechtungsrechtes wieder. Diese bezwecken einen gerechten Interessenausgleich zwischen den an

³⁷ Motive KO, S. 102, 119.

³⁸ Lind, Auslegung, S. 27.

³⁹ Definiert unter III. 1.

⁴⁰ Definiert unter III. 2, S. 10.

⁴¹ MünchKomm/Kayser, § 131 InsO, Rn.1; Motive, KO S. 105, 126.

⁴² BT-Drucks. 12/2443, S. 158.

⁴³ BT-Drucks. 12/2443, S. 158.

der Insolvenz beteiligten Interessengruppen zu schaffen. Um die Vorsatzanfechtung im Rahmen des Anfechtungsrechts zu erfassen, sollen hier zunächst die wesentlichen Bestimmungen der anderen Anfechtungstatbestände dargestellt werden.

1. Kongruente Deckung

In § 130 InsO ist die Anfechtbarkeit von kongruenten Deckungen erfasst. Eine kongruente Deckung ist eine Rechtshandlung, die dem Gläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewährt, die ihm in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht zusteht.⁴⁴ Diese Regelung erweitert den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung schon auf den Zeitraum vor der Insolvenz: Einzelne Gläubiger sollen im wirtschaftlichen Krisenzeitraum nicht vorrangig behandelt werden.⁴⁵

Angesichts der Funktion der Anfechtung nach § 130 InsO sind die Anfechtungsmöglichkeiten in zeitlicher und subjektiver Hinsicht beschränkt: Der Gläubiger muss Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zum Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung gehabt haben, und die Rechtshandlung muss innerhalb der letzten drei Monate vor dem maßgeblichen Insolvenzantrag erfolgt sein. Der Schuldner muss demnach zum Zeitpunkt der Rechtshandlung, welche in diesen 3-Monats-Zeitraum fällt, zahlungsunfähig gewesen sein.

Zahlungsunfähigkeit ist hier im Sinne von § 17 II S.1 InsO zu verstehen. Voraussetzung ist dabei zum einen eine Liquiditätslücke, in der der Schuldner für einen Zeitraum von mehr als drei Wochen nicht in der Lage ist, mindestens 90 % seiner fälligen Gesamtverbindlichkeiten zu tilgen, und zum anderen, dass nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke alsbald nahezu vollständig beseitigt werden kann und den Gläubigern ein entsprechendes Warten zumutbar ist.⁴⁶

Zu beachten ist im Anfechtungsprozess die gesetzliche Vermutung des § 17 II S. 2 InsO: Stellt der Schuldner Zahlungen ein, wird seine Zahlungsunfähigkeit vermutet. Drückt der Schuldner also durch ein nach außen hervortretendes Verhalten aus, dass er nicht mehr in der Lage ist, seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen, greift die Vermutung. Bei den beteiligten Verkehrskreisen muss der Eindruck entstehen, der Schuldner sei nicht mehr

⁴⁴ Andres/Leithaus/Andres, InsO, § 130 InsO, Rn. 4.

⁴⁵ MünchKomm/Kayser, § 130 InsO, Rn. 1, 5.

⁴⁶ BGHZ 163, 134; MünchKomm/Kayser, § 130 InsO, Rn. 28.

fähig, seine Zahlungspflichten zu erfüllen.⁴⁷ Ob dies der Fall war, ist im Wege einer Gesamtabwägung anhand von Indizien zu ermitteln.⁴⁸

Kennt der Gläubiger die Zahlungseinstellung, ist regelmäßig auch die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit gegeben.⁴⁹

Kenntnis im Sinne des Anfechtungsrechtes bedeutet ein für sicher gehaltenes Wissen.⁵⁰ Ausreichend ist dafür, dass der Gläubiger selbst den zutreffenden Schluss aus den ihm bekannten Tatsachen und dem schuldnerischen Verhalten zieht, dass der Schuldner nicht mehr fähig ist, seine fälligen Zahlungen vorzunehmen. Ausreichend ist – wie § 130 II InsO zeigt – die Kenntnis der Umstände. Die Kenntnis der rechtlichen Zusammenhänge ist dagegen nicht erforderlich.⁵¹

Liegen die allgemeinen Voraussetzungen von § 129 InsO sowie die besonderen Voraussetzungen des § 130 InsO vor, kann eine Anfechtung gegenüber einer kongruenten Deckung erfolgen. Zu beachten ist dabei stets die zeitliche Begrenzung der Norm, die zu einem gerechten Ausgleich der Interessen führen soll.⁵²

Im Umkehrschluss kann in § 130 InsO auch ein Vertrauensschutz zu Gunsten des Rechtsverkehrs gesehen werden (dazu näher unter f.I.3.cc)⁵³, der dazu führt, dass Rechtshandlungen, die eine kongruente Deckung bewirken, außerhalb des Zeitraumes in § 130 InsO anfechtungsfrei zu stellen sind.⁵⁴

2. Inkongruente Deckung

Neben kongruenten Deckungen unterliegen auch inkongruente Deckungen der Anfechtung.

Unter einer inkongruenten Deckung ist eine Sicherung oder Befriedigung zu verstehen, die dem Gläubiger nicht gebührt.⁵⁵ Der Gläubiger erhält also eine Deckung, auf die er in der erfolgten Art und Weise keinen Anspruch hat.⁵⁶ Die Inkongruenz besteht zwischen

⁴⁷ BGH, NJW-RR 2007, 1419, 1421.

⁴⁸ BGH, NZI 2011, 589, 591.

⁴⁹ BGHZ 180, 63, 65.

⁵⁰ MünchKomm/Kayser, § 130 InsO, Rn 33.

⁵¹ BGH, NZI 2007, 36, 38.

⁵² MünchKomm/Kayser, § 130 InsO, Rn.5; Schoppmeyer ZIP 2009, 600, 603.

⁵³ MünchKomm/Kayser, § 131 InsO, Rn. 8.

⁵⁴ Lind, Auslegung., S. 105.

⁵⁵ MünchKomm/Kayser, § 131 InsO, Rn. 1.

⁵⁶ MünchKomm/Kayser, § 131 InsO, Rn. 8.

der Verpflichtung und der Deckung – das konkrete Deckungsverhältnis weicht von dem Inhalt des Schuldverhältnisses ab.⁵⁷

Die inkongruente Deckung unterfällt der Anfechtung nach § 131 InsO. Diese Vorschrift dient demselben Zweck wie § 130 InsO. Der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung soll bereits zu dem Zeitpunkt durchgesetzt werden, zu dem die Vermögensverschlechterung eintritt, welche die Insolvenz zur Folge hat.⁵⁸

Da ein Gläubiger, der eine ihm nicht zustehende Befriedigung erhält, jedoch als weniger schutzwürdig gilt, ist die Anfechtung im Vergleich zu § 130 InsO erleichtert.⁵⁹

Diese Erleichterung folgt zum einen aus der vergleichbaren Wertung der inkongruenten Deckung zu einer unentgeltlichen Leistung (§ 134 InsO), bei denen der Gläubiger ebenfalls keinen entsprechenden Anspruch auf die Deckung hat, zum anderen aus dem Verdacht, dass der Schuldner, der eine solche Deckung annimmt, die wirtschaftliche Krise des Schuldners kennt oder erahnt.⁶⁰

§ 131 InsO ist aus § 30 Nr. 2 KO entwickelt worden. Im Gegensatz zu § 30 Nr. 2 KO, der eine Beweislastumkehr bezüglich der subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen bewirkte, verzichtet § 131 InsO Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 völlig auf die subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen. Dies bewirkt eine qualifizierte Vorverlagerung des Gläubigergleichbehandlungsgrundsatzes innerhalb der zeitlichen Begrenzung der Anfechtung nach § 131 InsO, die ebenfalls auf einen Zeitraum von drei Monaten ab Antragstellung beschränkt ist.⁶¹

3. § 132 InsO

Auch § 132 InsO dient der Gläubigergleichbehandlung. Dem Wortlaut nach erfasst § 132 InsO jedes unmittelbar nachteilige Geschäft des Schuldners, welches nicht von der Anfechtung nach §§ 130 131 InsO erfasst ist.⁶² Dabei handelt es sich vor allem um die Begründung von Verbindlichkeiten zugunsten einzelner, für die kein gleichwertiger Gegenwert zufließt.⁶³

⁵⁷ MünchKomm/Kayser, § 131 InsO, Rn. 9.

⁵⁸ MünchKomm/Kayser, § 130 InsO, Rn. 1, § 131 InsO, Rn. 1.

⁵⁹ MünchKomm/Kayser, § 131 InsO, Rn. 1, 4.

⁶⁰ MünchKomm/Kayser, § 131 InsO, Rn. 1.

⁶¹ MünchKomm/Kayser, § 131 InsO, Rn. 3.

⁶² MünchKomm/Kayser, § 132 InsO, Rn. 1.

⁶³ MünchKomm/Kayser, § 131 InsO, Rn. 1.

4. Unentgeltliche Leistung (§ 134 InsO)

§ 134 InsO erfasst unentgeltliche Leistungen des Schuldners und beruht somit auf dem Gedanken, dass der unentgeltlich Empfangende weniger schützenswert ist (vgl. beispielsweise §§ 519, 528, 816, 822, 988, 2287, 2325, 2329 BGB, § 39 Abs. 1 Nr. 4 InsO).⁶⁴ Aus Billigkeitsgründen tritt regelmäßig das Interesse des Empfangenden hinter das Interesse der Insolvenzgläubiger an einer möglichst großen Insolvenzmasse zurück, ohne dass es dabei auf eine subjektive Vorwerfbarkeit ankommt.⁶⁵ Dafür muss die Schenkung jedoch in einer gewissen zeitlichen Nähe zur Insolvenz erfolgen. Die Anfechtungsfrist ist daher auf vier Jahre beschränkt.

Um dem Schuldner weiterhin die Teilhabe am sozialen Leben zu ermöglichen, nimmt die Anfechtung nach § 134 Abs. 2 InsO solche Zuwendungen aus, die im Allgemeinen üblich sind, den gebräuchlichen Gepflogenheiten entsprechen und die übrigen Gläubiger durch die Weggabe des Geschenkten nicht wesentlich belasten.⁶⁶ Dennoch können solche *sozial adäquaten Geschenke* – wie noch zu zeigen ist – den Tatbestand der Vorsatzanfechtung erfüllen.

5. Gesellschafterdarlehen (§ 135 InsO)

§ 135 InsO schließt die Schutzlücke, die durch die Streichung des Kapitalersatzrechts entstanden wäre.⁶⁷ Im Zusammenspiel mit § 39 Abs. 5 InsO soll diese Regelung die Gleichbehandlung von Gesellschafterforderungen mit Forderungen der übrigen Gläubiger unterbinden, da für die Gesellschafter und Gesellschaftsorgane eine größere Nähe und somit auch ein Wissensvorsprung gegenüber den übrigen Gläubigern unterstellt wird.⁶⁸

6. Einlagen stiller Gesellschafter (§ 136 InsO)

§ 136 InsO gibt dem Insolvenzverwalter eine erleichterte Anfechtungsmöglichkeit gegen eine Vorwegbefriedigung der stillen Gesellschafter, wie sie etwa durch eine vorzeitige Rückzahlung ihrer Einlage oder den Erlass des auf den stillen Gesellschafter entfallenden Verlustanteils entstünde.⁶⁹ Dabei liegt auch diesem Anfechtungstatbestand der Gedanke des *Insider-Wissens* zu Grunde, wie er bereits zu § 135 InsO beschrieben wurde.⁷⁰

⁶⁴ MünchKomm/Kayser, § 134 InsO, Rn. 1.

⁶⁵ MünchKomm/Kayser, § 134 InsO, Rn. 1.

⁶⁶ MünchKomm/Kayser, § 134 InsO, Rn. 1.

⁶⁷ MünchKomm/Gehrlein, § 135 InsO, Rn. 4.

⁶⁸ MünchKomm/Gehrlein, § 135 InsO, Rn. 9.

⁶⁹ MünchKomm/Gehrlein, § 135 InsO, Rn. 1.

⁷⁰ MünchKomm/Gehrlein, § 136 InsO, Rn. 1.

IV. Ausnahme Bargeschäft

§ 142 InsO normiert eine Ausnahmeregelung zur Insolvenzanfechtung im Interesse des Rechtsverkehrs. Die Ausnahme umfasst solche Schuldnerhandlungen, die einen gleichwertigen, zeitnah erfolgenden Leistungsaustausch betreffen.⁷¹ Solche Handlungen sind von der Insolvenzanfechtung ausgenommen. Denn § 142 InsO soll verhindern, dass der Schuldner vom Geschäftsverkehr mit Barzahlungen praktisch ausgeschlossen wird. Die Ausnahme trägt zudem dem Umstand Rechnung, dass keine unmittelbare Benachteiligung der Gläubiger erfolgt, wenn der Schuldner eine zumindest gleichwertige Gegenleistung für seine Leistung erhält.⁷² Gleichzeitig wird in § 142 InsO versucht, einen Ausgleich widerstreitender verfassungsrechtlicher Interessen zu schaffen: In den Fällen des § 142 InsO tritt die Gläubigerbefriedigung als Ausfluss von Artikel 14 GG hinter den Schutz des Rechtsverkehrs und der Privatautonomie – die ja ebenfalls verfassungsrechtlich garantiert ist – zurück.⁷³

Nach der Entwicklung der Unanfechtbarkeit des Bargeschäfts durch die Rechtsprechung und die Rechtslehre⁷⁴ wurde die damit geschaffene Ausnahme ausdrücklich in die Insolvenzordnung aufgenommen.⁷⁵

Voraussetzung von § 142 InsO ist zunächst das Stattfinden eines Leistungsaustauschs, also einer Leistung des Schuldners aus seinem haftenden Vermögen und einer ausgleichenden Gegenleistung des anderen Teils.⁷⁶ Dies umfasst jede Leistung, die einen wirtschaftlichen Wert darstellt. Unentgeltliche Leistungen sind demnach nicht erfasst. Auch die gesellschaftliche Gepflogenheit des Geschenkaustausches erfüllt nicht die Voraussetzungen von § 142 InsO.

Die ausgetauschten Leistungen müssen durch eine Parteivereinbarung miteinander verknüpft sein, eine konkrete vertragliche Absprache ist jedoch nicht erforderlich. Ein rein ursächlicher oder wirtschaftlicher Zusammenhang ist hingegen nicht ausreichend.

Daher ist eine gesetzliche Verpflichtung nicht von § 142 InsO erfasst. Die Abführung von Umsatzsteuern kann beispielsweise nicht unter die Bargeschäftsausnahme fallen, da der

⁷¹ MünchKomm/Kirchhof, § 142 InsO, Rn. 1.

⁷² MünchKomm/Kirchhof, § 142 InsO, Rn. 1.

⁷³ Paulus, FS Fischer, S. 445, 453 f.

⁷⁴ RGZ 100, 62, 64; BGH, NJW 1955, 709, BGH, NJW 1977, 718; BGHZ 70, 177, 185; Jaeger, JW 1915, 1253 f.

⁷⁵ BT-Drucks. 12/2443, S. 167.

⁷⁶ MünchKomm/Kirchhof, § 142 InsO, Rn. 4.

Staat keine Gegenleistung in diesem Sinne erbringt. Es fehlt an einem konkreten Zufluss und an dem Erfordernis des engen zeitlichen Zusammenhangs.⁷⁷

Erforderlich ist zudem, dass die Gegenleistung in das Aktivvermögen des Schuldners geflossen ist. Nicht ausreichend ist hingegen das bloße Versprechen einer Leistung. Nicht vom Gesetzeszweck erfasst ist eine bloße Verringerung der schuldnerischen Verbindlichkeiten oder eine Aufrechnung mit bereits bestehenden Gegenansprüchen.⁷⁸ Somit ist beispielsweise auch die Rückzahlung eines zuvor empfangenen Darlehns keine Gegenleistung i.S.v. § 142 InsO.⁷⁹

Zudem müssen die Leistungen aus Sicht des Schuldners zum Zeitpunkt der ersten Vertragsleistung mindestens gleichwertig sein. Denn bei einer Gleichwertigkeit drängt sich eine Gläubigerbenachteiligung nicht auf, da das Schuldnervermögen lediglich umgeschichtet wird.⁸⁰ Um diesem Schutzzweck gerecht zu werden, ist die Voraussetzung der Gleichwertigkeit objektiv zu beurteilen, Liebhaberinteressen und subjektive Vorstellungen sind dabei nicht zu berücksichtigen.⁸¹

Um den Gedanken zu stützen, dass der Schuldner weiterhin am Wirtschaftsleben teilhaben soll, ist es jedoch nicht erforderlich, dass die Gegenleistung in der Insolvenz befriedigungstauglich ist. Der Erwerb unpfändbarer Leistungen für den persönlichen Bedarf ist daher auch in einer wirtschaftlichen Krise zulässig.⁸²

Die gleichwertigen Leistungen müssen des Weiteren vereinbarungsgemäß unmittelbar, also in einem engen zeitlichen Zusammenhang, ausgetauscht werden.⁸³

Folglich schließt eine Kreditgewährung – wie eine gewährte Stundung, die die Abwicklung verzögert – eine Bargeschäftsausnahme aus, auch im Rahmen von Sanierungsbemühungen.⁸⁴

Auch eine Verzögerung durch Dritte steht der Annahme eines Bargeschäfts entgegen. Dies folgt zum einen aus dem Schutzzweck von § 142 InsO, und zum anderen aus einem

⁷⁷ MünchKomm/Kirchhof, § 142 InsO, Rn. 5b.

⁷⁸ MünchKomm/Kirchhof, § 142 InsO, Rn. 4a.

⁷⁹ MünchKomm/Kirchhof, § 142 InsO, Rn. 4a.

⁸⁰ MünchKomm/Kirchhof, § 142 InsO, Rn. 9.

⁸¹ MünchKomm/Kirchhof, § 142 InsO, Rn. 9.

⁸² MünchKomm/Kirchhof, § 142 InsO, Rn. 9.

⁸³ MünchKomm/Kirchhof, § 142 InsO, Rn. 15; BT-Drucks. 12/2443, S. 167; BGH, NZI 2010, 985, 988.

⁸⁴ MünchKomm/Kirchhof, § 142 InsO, Rn. 15.

Umkehrschluss aus § 140 II, indem die Arbeitsweise der Grundbuchämter von der Anfechtung ausgenommen hat.⁸⁵

Allerdings ist unter der Unmittelbarkeit auch kein sofortiger Zug-um-Zug-Austausch zu verstehen. Maßgeblich sind die vereinbarten Zahlungsfristen, soweit sie nach den Umständen des Einzelfalls noch verkehrsüblich sind.⁸⁶ Zu hinterfragen ist, ob das Rechtsgeschäft unter Berücksichtigung der konkreten Erfüllungsmöglichkeiten und der laut Verkehrsauffassung üblichen Leistungsbräuche noch als einheitliche Bardeckung zu beurteilen ist oder schon als Kreditgeschäft angesehen werden muss.⁸⁷

So kann beispielsweise ein Zeitraum von zwei Wochen zwischen Lieferung, Rechnungsstellung und Scheckbegebung bei einem Kauf einer beweglichen Sache dem Kriterium der Unmittelbarkeit genügen.⁸⁸ 30 Tage sollten jedoch im Hinblick auf den Verzugseintritt nach 30 Tagen gem. § 286 III BGB und § 17 II S. 1 InsO regelmäßig die Grenze der Unmittelbarkeit darstellen.⁸⁹ Entsprechendes gilt für die Bezahlung von Dienstleistungen sowie von Beratungs-, Transport- und Bewachungsleistungen.⁹⁰ Unabhängig von der Dauer gilt ein unverzüglich nach der Lieferung erteilter Lastschriftinzug als unmittelbar.⁹¹

Bei Dauerschuldverhältnissen kommt es hingegen nicht auf den Zeitraum zwischen Vertragsschluss und Zahlung an, maßgebend ist die jeweils zeitnahe Leistung zu den vorher festgelegten Terminen. Beim Arbeitslohn ist der vertraglich vereinbarte Fälligkeitszeitpunkt ausschlaggebend.⁹²

Bei einer anwaltlichen Beratungstätigkeit, bei der eine länger währende Vertragsbeziehung zum Schuldner besteht, ist jedoch nicht die Fälligkeit im Sinne des §§ 8 I, 10 RVG ausreichend. Die Leistungen müssen zeitlich oder gegenständlich teilbar sein und zeitnah ausgetauscht werden.⁹³ Dabei muss der Leistungsaustausch innerhalb von 30 Tagen erfolgen. Die Konsequenz für die rechtliche Beratung – auch im Rahmen von Sanierungsbemühungen – ist daher, dass der Beratende in entsprechenden Abständen Vorschüsse

⁸⁵ MünchKomm/Kirchhof, § 142 InsO, Rn 15.

⁸⁶ BGHZ 167, 190, 201; BGHZ 150, 122, 131.

⁸⁷ MünchKomm/Kirchhof, § 142 InsO, Rn 16.

⁸⁸ MünchKomm/Kirchhof, § 142 InsO, Rn 17; BGH, NJW 1980, 1961 f.

⁸⁹ BGH, NJW-RR 2007, 1419, 1423.

⁹⁰ Vgl. Ganter ZIP 2012, 2037, 2041 f.

⁹¹ BGHZ 177, 69, 87 f.; BGH, NJW-RR 2008, 1500, 1501.

⁹² Bork ZIP 2007, 2337, 2338 f.

⁹³ MünchKomm/Kirchhof, § 142 InsO, Rn 19a.

einfordern muss.⁹⁴ Werden diese gefordert, dürfen die Gebühren auch nicht die wertäquivalente Vergütung für die nächsten dreißig Tage überschreiten.⁹⁵

Entsprechend der Formel für die Unmittelbarkeit, die sich an der Verkehrsüblichkeit orientiert (s. o.), sind bei Grundstücksgeschäften längere Zeiträume zuzubilligen. Bei Eintragungen in das Grundbuch ist die Zeitspanne bis zur erforderlichen Antragsstellung maßgeblich. Dies folgt aus § 140 II InsO.⁹⁶

Liegt im Ergebnis eine Rechtshandlung des Schuldners vor, der eine gleichwertige, unmittelbare Gegenleistung gegenübersteht, so greift § 142 InsO, was die Anfechtung aus Schuldnerschutzüberlegungen grundsätzlich ausschließt.

Dies galt nach dem Wortlaut von § 142 InsO a.F. aber nicht für solche Leistungen, die unter § 133 I InsO fielen. Dem Gesetzeswortlaut nach galt der Schutz des Bargeschäftes folglich nicht im Falle einer Vorsatzanfechtung.

Begrifflich kann ein Bargeschäft jedoch weder in einer unentgeltlichen Leistung noch in einer inkongruenten Deckung im Sinne von § 131 InsO gegeben sein.⁹⁷ § 142 InsO a.F. griff daher den Grundsätzen der Logik nach nicht bei einer Anfechtung nach § 134 und § 131 InsO. Denn in diesen Fällen erfolgt gerade kein gegenseitiger, unmittelbarer Austausch von Leistungen.

Die systematische Stellung der Bargeschäftsausnahme war – im Gegensatz zum klaren Wortlaut der Norm – insofern irreführend, als man annehmen könnte, § 142 InsO stelle eine Ausnahmeregelung für jede Art der Anfechtung dar.

Nunmehr wurde § 142 InsO erweitert. Ein Bargeschäft ist nur noch dann anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 InsO vorliegen und der Anfechtungsgegner zusätzlich erkennt, dass der Schuldner unlauter handelt. Insofern kann der Schutz von § 142 InsO nun auch im Falle einer Vorsatzanfechtung greifen.

V. Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO)

§ 133 InsO erfasst die Vorsatzanfechtung. Diese beruht auf der Überlegung, dass ein Rechtserwerb, der auf einer vorsätzlichen Gläubigerbenachteiligung durch den Schuldner

⁹⁴ BGH, NJW 2008, 659, 661; BGHZ 167, 190, 201 f.

⁹⁵ BGHZ 167, 190ff.; MünchKomm/Kirchhof, § 142 InsO, Rn 19b.

⁹⁶ MünchKomm/Kirchhof, § 142 InsO, Rn 20.

⁹⁷ MünchKomm/Kirchhof, § 142 InsO, Rn 21.

beruht, keinen Schutz verdient, wenn der Anfechtungsgegner und Geschäftspartner diesen Vorsatz kannte (§ 133 I InsO).⁹⁸ Schließt der Schuldner in enger zeitlicher Nähe zu seiner Insolvenz Verträge mit nahestehenden Personen, welche die Gläubiger unmittelbar benachteiligen, wirkt sich dies in § 133 IV InsO verschärft aus.⁹⁹

Derartige Rechtsgeschäfte stellen einzelne gegenüber den übrigen Gläubigern bewusst besser und vereiteln damit deren Befriedigungsmöglichkeiten in sozial unangemessener Weise. Hintergrund der Vorsatzanfechtung ist somit eine bestimmte, zu missbilligende Verhaltensweise des Schuldners, die die prinzipiell gleichen Befriedigungschancen der Insolvenzgläubiger beeinträchtigt.¹⁰⁰

Anknüpfungspunkt sind im Rahmen von § 133 InsO – nach alter sowie neuer Fassung – somit vordergründig subjektive Voraussetzungen, die zu den allgemeinen Voraussetzungen nach § 129 InsO hinzutreten.

1. Rechtshistorische Entwicklung

a) Actio pauliana

Die Wurzeln der Insolvenzanfechtung reichen zurück in das römische Recht. Schon bei der sogenannten *actio pauliana* handelte es sich um eine einheitliche Anfechtungsklage; daher gilt sie als die Vorläuferin des heutigen Insolvenzanfechtungsrechts.¹⁰¹ Geregelt wurde die *actio pauliana* im achten Titel des 42. Buches der Digesta Iustinia, unter der Überschrift „*quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur*“.¹⁰² Sie erfasste Rechtshandlungen des Schuldners, die dieser in der Absicht vornahm, seine Gläubiger zu benachteiligen. Das römische Recht regulierte somit bereits eine Absichtsanfechtung.

Dabei wurden zwei Arten von gläubigerschädigenden Handlungen unterschieden: Die erste Konstellation erfasst gläubigerschädigende Handlungen des Gemeinschuldners, in der er Gegenstände an Dritte verschenkte oder durch ähnliche Geschäfte verschob.¹⁰³ Die andere Konstellation erfasste die bevorzugte Befriedigung einzelner Gläubiger, wäh-

⁹⁸ MünchKomm/Kayser, § 133 InsO, Rn 1.

⁹⁹ MünchKomm/Kayser, § 133 InsO, Rn 1.

¹⁰⁰ MünchKomm/Kayser, § 133 InsO, Rn 1; BGHZ 162, 143, 147ff.; Kirchhof, in: FS Ganter, 2010, S. 237, 245; Schoppmeyer, in: ZIP 2009, 600, 602 f.

¹⁰¹ Keller, Insolvenzrecht, Rn. 1431 ff.; Foerste, in: NZI 2006, 6, 7.

¹⁰² Dernburg, Pandekten, S. 388.

¹⁰³ Grevesmühl, Gläubigeranfechtung, S. 86.

rend sich die anderen Gläubiger mit der Konkursquote begnügen mussten. Die Anfechtung beruhte somit bereits erkennbar auf den Grundgedanken der Gläubigergleichbehandlung und der Gläubigerpräferenz. In dem Kommentar zur *actio pauliana* wurde insofern ausgeführt:

„Qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum exaequandumque ceteris creditoribus: neque enim debuit praeeripere ceteris post bona possessa, cum iam par conditio omnium creditorum facta esset.“¹⁰⁴

Wer aber nach Inbesitznahme des Vermögens seine Schuld erhält, der ist auf einen Anteil [zurück-]zurufen und den übrigen Gläubigern gleichzustellen: denn er darf die anderen nach Inbesitznahme des Vermögens nicht berauben, weil schon die gleiche Stellung aller Gläubiger hergestellt wurde.¹⁰⁵

Das gemeine Recht nahm die paulianische Klage des römischen Rechts auf. Ihr Anwendungsbereich beschränkte sich jedoch auf den Zeitraum vor Eintritt des Konkurses, da nach dem Eintritt des Konkurses Rechtshandlungen des Schuldners als nichtig galten.¹⁰⁶

Mit der *actio pauliana* wurden Anfechtungen wegen absichtlicher Benachteiligungen der Gläubiger verfolgt. Der Tatbestand wurde somit von subjektiven Elementen bestimmt, stets musste der Vorsatz, die Gläubiger zu benachteiligen, vorliegen.¹⁰⁷

Allerdings waren Leistungen, die zur Erfüllung einer Schuld erbracht wurden, nicht regelmäßig angreifbar. Im Terminus der InsO waren daher nur inkongruente Deckungen der Anfechtung zugänglich.¹⁰⁸ Die *actio pauliana* des gemeinen Rechts hatte demnach nur einen kleinen Anwendungsbereich, der auch durch die subjektiven Voraussetzungen verhältnismäßig schwer nachweisbar blieb. Nahezu jede Rechtsordnung kennt eine Anfechtung, die ihren Ursprung in der *actio pauliana* hat.¹⁰⁹ Die Anwendung geht dabei regelmäßig über den engen Anwendungsbereich der römischen Regelung hinaus. Auch die Kodifikation der KO ging weiter.¹¹⁰ Gleichwohl basiert jede der Varianten auf dem Grundgedanken, dass Vermögen, welches dem Schuldner gerade nicht mehr zugewiesen ist, über den Zeitpunkt der formellen Insolvenz hinaus in die Insolvenzmasse einbezogen werden sollte. Die Bewertung, welche Vermögensgüter betroffen sind oder welche

¹⁰⁴ Grevesmühl, Gläubigeranfechtung, S. 87.

¹⁰⁵ Übersetzung aus Willems, RIDA 60 (2013), S. 341, 352.

¹⁰⁶ Motive KO, S. 96.

¹⁰⁷ Motive KO, S. 96.

¹⁰⁸ Lind, Auslegung, S. 17.

¹⁰⁹ Paulus, FS Fischer, S. 445, 448.

¹¹⁰ Lind, Auslegung, S. 17.

Rechtshandlungen diesen nachträglichen (Wieder-)Einbezug rechtfertigen, ist dabei eine rechtspolitische Frage¹¹¹.

b) Konkursordnung von 1877

Die Kodifikation der KO erweiterte den Anwendungsbereich der bis dahin geltenden Anfechtungsregelungen. Neben der Anfechtung der bereits unter die *actio pauliana* fallenden *fraudulosen* Handlungen wurden auch solche Rechtshandlungen erfasst, die nach dem Eintritt des materiellen Konkurses zulasten der späteren Masse erfolgten. Die Interessen der Gläubiger, insbesondere an einer Gleichbehandlung, wurden somit schon im Vorfeld der formellen Insolvenz verfolgt.¹¹²

Die Vorsatzanfechtung war in § 31 Nr. 1 KO erfasst. Im Gegensatz zu § 133 InsO setzte sie ihrem Wortlaut nach eine *absichtliche* Benachteiligung voraus und kannte keine Beweiserleichterung, wie sie § 133 Abs.1 S.2 InsO nunmehr enthält.

Unter dem subjektiven Element der Absicht wurde zunächst der auf den Erfolg der Gläubigerbenachteiligung zielgerichtete Wille verstanden, wobei dieser Wille nicht die einzige oder letzte Motivation sein musste.¹¹³ Die geforderte Absicht wurde durch die Rechtsprechung weit ausgelegt und erfasste auch den Vorsatz als subjektives Element,¹¹⁴ da eine Auslegung der *Absicht* im strengen Sinn zum Verlust jeder praktischen Bedeutung der Norm geführt hätte.¹¹⁵ Dem Schuldner musste die Gläubigerbenachteiligung zunächst bewusst sein. Das Bewusstsein allein war jedoch nicht ausreichend, ebenso genügte nicht das Bewusstsein einer vorhandenen Zahlungsunfähigkeit oder Vermögensunzulänglichkeit. Der Schuldner musste die Benachteiligung, zumindest als Nebenfolge, auch *wollen*.¹¹⁶ Es reichte zwar ein *mittelbares Wollen*, nicht aber das bloße Bewusstsein einer Benachteiligung.¹¹⁷ Dieser Ansatz entspricht dem gängigen Verständnis des Vorsatzes, der ein Wissens- und ein Wollens-Element voraussetzt.¹¹⁸ Da die *Absicht* als *Vorsatz* verstanden wurde, ist eine wesentliche inhaltliche Änderung durch den Wortlautwechsel von § 31 KO *Absicht* zu § 133 InsO *Vorsatz* nicht zwingend.¹¹⁹

¹¹¹ Paulus, FS Fischer, S. 445, 449.

¹¹² Kummer, FS Kreft 2004, S. 393, Lind, Auslegung, S. 17.

¹¹³ Jaeger, Gläubigeranfechtung, S. 18.

¹¹⁴ BT-Drucks. 12/2443, S. 160; Zum früheren Rechtszustand: BGH, WM 1960, 546, 547; BGH, ZIP 1981, 1229, 1231; BGH, NJW 1991, 2144, 2145.

¹¹⁵ Henckel, Anfechtung, S. 307.

¹¹⁶ Henckel, Anfechtung, S. 307, BGH, JZ 1985, 854.

¹¹⁷ Jaeger, Gläubigeranfechtung, S. 18.

¹¹⁸ Beulke, Strafrecht AT, Rn. 203.

¹¹⁹ Henckel, Anfechtung, S. 298.

c) Insolvenzordnung

Mit ihrem Inkrafttreten am 1. Januar 1999 löste die InsO die 120-jährige KO ab. Die Anfechtungsregeln der KO hatten sich nach der gesetzgeberischen Auffassung praktisch nicht als schlagkräftig erwiesen, und der Funktionsverlust des Insolvenzrechts stellte die Überzeugungskraft der Rechtsordnung in Frage.¹²⁰ Argumentiert wurde, dass die Ordnungsaufgabe des Insolvenzrechts, in der sozialen Marktwirtschaft einen gerechten Ausgleich zu schaffen, den Schwächeren zu schützen und Frieden zu stiften, sich nicht entfalten könne.¹²¹

Mit der InsO sollte das Anfechtungsrecht entsprechend verschärft werden, um Vermögensverschiebungen leichter rückgängig machen zu können. Dies sollte durch eine Erleichterung der Durchsetzbarkeit von Anfechtungsansprüchen erreicht werden.¹²² Die Grenze der anfechtungsrechtlichen Verschärfung sollten aber die Rechtssicherheit und der Verkehrsschutz bilden.¹²³ Der Gesetzgeber folgte daher dem Ansatz des ersten Berichts der Kommission für Insolvenzrecht, der sich gegen eine weitgehende Ausdehnung der Vorsatzanfechtung positionierte, um die Sicherheit des Rechtsverkehrs nicht in unzumutbarer Weise zu strapazieren.¹²⁴

Mit der Einführung der Insolvenzordnung erfolgten Vereinfachungen des Anfechtungsrechts in Form von Beweiserleichterungen, beispielsweise durch die Einführung von § 133 Abs.1 S.2 InsO und durch die Verweisung auf die Legaldefinition der nahestehenden Person in § 138 InsO.¹²⁵ Erfasst sind nunmehr auch besondere Verhältnisse zu Personen- und Kapitalgesellschaften. Ein weiteres Beispiel ist der Verzicht auf eine subjektive Voraussetzung im Rahmen der inkongruenten Deckungsanfechtung nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO.¹²⁶

Die beschriebenen tatbestandlichen Veränderungen der Vorsatzanfechtung waren jedoch nicht tiefgreifend, sodass es naheliegend ist, sich bei der Interpretation von § 133 Abs. 1 InsO an der Interpretation der früher geltenden Vorschrift zu orientieren. Auch die tatbe-

¹²⁰ BT-Drucks. 12/2443, S. 72 f.; *Gessner*, Praxis Konkursabwicklung S. 38, 194, 215.

¹²¹ BT-Drucks. 12/2443, S. 75.

¹²² BT-Drucks. 12/2443, S. 82, 156.

¹²³ BT-Drucks. 12/2443, S. 82.

¹²⁴ BT-Drucks. 12/2443, S. 160; *Lind*, Auslegung., S. 20.

¹²⁵ BT-Drucks. 12/2443, S. 156.

¹²⁶ Uhlenbruck/*Ede/Hirte*, § 133, Rn. 183.

standliche Änderung von *Absicht* in *Vorsatz* erzwingt keine fundamental andere Auslegung (siehe dazu f.IV.).¹²⁷ Grundsätzlich stehen somit einer Heranziehung der Rechtsprechung zur KO in vollem Umfang auf den ersten Blick keine Bedenken entgegen.¹²⁸ Anfechtungsgrund bleibt auch weiterhin das missbilligenswerte vorsätzliche Verhalten des Schuldners, das der Geltung des Prioritätsgrundsatzes Grenzen setzt.¹²⁹

D. Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung

Um dem eingangs genannten Spuk und die Reform der Vorsatzanfechtung nachvollziehen zu können, ist im Folgenden zu zeigen, wie die Voraussetzungen der alten Fassung der Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO a.F. InsO) ausgestaltet waren und ausgelegt werden mussten. Auch die neue Fassung hält an diesen Voraussetzungen fest, denn § 133 Abs. 1 InsO wurde nicht geändert. Die Vorsatzanfechtung wurde allein durch die Einführung der Absätze 2 und 3 erweitert.

Für die Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO – alte sowie neue Fassung – normiert das Gesetz verschiedene Voraussetzungen: Zum einen müssen die allgemeinen Voraussetzungen des Anfechtungsrechts vorliegen (§ 129 InsO). Zum anderen müssen hierzu die besonderen Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung (§ 133 Abs.1 InsO.) hinzutreten.

I. Gläubigerbenachteiligende Rechtshandlung gem. § 129 InsO

Als Grundtatbestand der Insolvenzanfechtung gilt § 129 InsO.¹³⁰ Dieser schafft eine einheitliche Grundlage für die Insolvenzanfechtung. Gleichzeitig findet darin eine Abgrenzung zu anderen Mitteln, die der Anreicherung der Insolvenzmasse dienen, statt.¹³¹

Der Begriff der Rechtshandlung ist bewusst weit gehalten, um alle Handlungen mit benachteiligenden Wirkungen zu umfassen.¹³² Daher ist unter dem Begriff der Rechtshandlung jedes von einem Willen getragene Handeln zu verstehen, das eine rechtliche Wirkung auslöst.¹³³ § 133 InsO erfasst demnach jede Rechtshandlung im Sinne von § 129

¹²⁷ Henckel, Anfechtung, S. 298; Lind, Auslegung, S. 20.

¹²⁸ Lind, Auslegung, S. 20.

¹²⁹ Henckel, Anfechtung, S. 229.

¹³⁰ MünchKomm/Kayser, § 133 InsO, Rn.1.

¹³¹ MünchKomm/Kayser, § 129 InsO, Rn.1.

¹³² MünchKomm/Kayser, § 129 InsO, Rn 7, Uhlenbruck/Hirte/Eden, § 129, Rn. 86.

¹³³ MünchKomm/Kayser, § 129 InsO, Rn. 7.

InsO, die der Schuldner vornimmt, soweit sie in den letzten zehn Jahren vor dem Eröffnungsantrag oder aber nach diesem Antrag erfolgte.¹³⁴

§ 129 InsO erfasst alle Arten von Rechtsgeschäften, die auf Willenserklärungen oder auf rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen und Realakten beruhen. § 129 Abs. 2 InsO stellt klar, dass auch ein Unterlassen des Schuldners erfasst ist. Dieses muss allerdings auf einer bewussten und gewollten Willensbetätigung des Schuldners beruhen.¹³⁵

Für die Gläubigerbenachteiligung kommt es nicht darauf an, ob die tatsächlich eintretende Wirkung gewollt ist. Dies wäre eine Frage des Vorsatzes. Es kommt aber allein darauf an, dass eine rechtserhebliche Wirkung eintritt.¹³⁶ Selbst das Bierbrauen kann daher aufgrund der anfallenden Biersteuer eine Insolvenzanfechtung auslösen.¹³⁷

Auch Handlungen Dritter, insbesondere von Gläubigern und Leistungsempfängern, können eine anfechtbare Rechtshandlung begründen,¹³⁸ denn auch in der Rechtshandlung eines Dritten, die eigentlich nicht zu einer Anfechtung führt, kann ein eigenes Handeln des Schuldners liegen und somit die Anwendbarkeit von § 133 InsO eröffnen.¹³⁹

Es ist unerheblich, ob die Handlung gerade einem Insolvenzgläubiger zukommt und diesen privilegiert. Entscheidend ist allein, ob die Insolvenzgläubiger in ihrer Gesamtheit durch die Rechtshandlung objektiv benachteiligt werden.¹⁴⁰ Ausreichend ist, dass die Insolvenzmasse durch eine schuldnerische Handlung (oder durch Unterlassen) gemindert oder die Schuldenmasse vergrößert wird und damit die Befriedigungsmöglichkeit der Gläubiger verkürzt, vereitelt, erschwert, gefährdet oder verzögert wird.¹⁴¹ Es muss ein objektiv benachteiligender Erfolg vorliegen, der sich auf das zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung haftende Schuldnervermögen bezieht.¹⁴²

Erfasst werden daher auch mittelbare Gläubigerbenachteiligungen.¹⁴³ Eine solche liegt vor, wenn die Rechtshandlung zwar allein noch keinen unmittelbaren Nachteil für die

¹³⁴ BGHZ 170, 196; BGH, NJW 2004, 1660; BGHZ 200, 210, 214f.; MünchKomm/Kayser, § 133 InsO, Rn 10; Uhlenbruck/Hirte/Eden, § 129, Rn. 86.

¹³⁵ MünchKomm/Kayser, § 129 InsO, Rn. 24.

¹³⁶ MünchKomm/Kayser, § 129 InsO, Rn. 22.

¹³⁷ BGH, NZI 2009, 644, 645.

¹³⁸ BGHZ 86, 190, 193.

¹³⁹ MünchKomm/Kayser, § 133 InsO, Rn 8.

¹⁴⁰ MünchKomm/Kayser, § 133 InsO, Rn 6.

¹⁴¹ Uhlenbruck/Hirte/Eden, § 129, Rn. 160.

¹⁴² MünchKomm/Kayser, § 129 InsO, Rn. 77; BGHZ 165, 343, 350; BGH, NZI 2008, 733, 734.

¹⁴³ MünchKomm/Kayser, § 133 InsO, Rn 11; BGH, NJW-RR 2004, 1130, 1131.

Gläubiger bewirkt, jedoch die Grundlage für einen weiteren, gläubigerschädigenden Ablauf schafft.¹⁴⁴ Eine unmittelbare Benachteiligung ist dagegen gegeben, wenn diese bereits mit der Vornahme der angefochtenen Rechtshandlung selbst eintritt.¹⁴⁵

Dabei kann auch die Erfüllung von Verbindlichkeiten des Schuldners durch einen Dritten zu einer Gläubigerbenachteiligung führen.¹⁴⁶ Ebenso benachteiligt die Aufgabe einer gesicherten Rechtsposition, wie beispielsweise Anwartschaften oder bedingte (§ 158) und betagte Ansprüche (§ 163 BGB), die Gläubiger.

Nicht zu einer Gläubigerbenachteiligung führen dagegen solche Rechtshandlungen, die sich auf das unpfändbare Vermögen des Schuldners beziehen. Unpfändbare Rechte und Sachen gehören nicht der Insolvenzmasse an. § 36 InsO stellt diesbezüglich fest, dass die Verfügung über unpfändbare Rechte und Sachen grundsätzlich nicht der Insolvenzanfechtung unterliegt.¹⁴⁷

Das weite Verständnis der gläubigerbenachteiligenden Rechtshandlung im Sinne des § 129 InsO wirkt sich zwingend auf die Vorsatzanfechtung aus. Nahezu jedes Handeln des Schuldners – unmittelbar oder mittelbar, gewollt oder nicht gewollt – steht im Fokus der Anfechtung.

II. Gläubigerbenachteiligungsvorsatz

In § 133 I InsO ist der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz normiert. Danach muss die Rechtshandlung mit dem Vorsatz vorgenommen worden sein, die Gläubiger im Allgemeinen zu benachteiligen, § 133 I InsO. Diese subjektive Voraussetzung stellt ein besonderes Tatbestandsmerkmal der Vorsatzanfechtung dar. Zu untersuchen sind zum einen die materiell rechtlichen Anforderungen an den Vorsatz, und zum anderen jene an die prozessualen Maßstäbe, die zum Nachweis des entsprechenden Vorsatzes anzuwenden sind.

1. Tatbestand

In § 133 InsO setzt die Vorsatzanfechtung dem Wortlaut nach einen bloßen Vorsatz voraus. Der Gesetzgeber schaffte damit eine Änderung zu § 31 KO, in dem eine Absicht gefordert wurde.

¹⁴⁴ MünchKomm/Kayser, § 129 InsO, Rn. 121.

¹⁴⁵ MünchKomm/Kayser, § 129 InsO, Rn. 113.

¹⁴⁶ BGHZ 155, 75,81 f.; BGH, NZI 2011,400, 401.

¹⁴⁷ MünchKomm/Kayser, § 129 InsO, Rn. 84.

a) Auslegung des Ausdrucks Absicht

Der Ausdruck Absicht in § 31 KO legte zunächst eine Auslegung im Sinne eines *Dolus directus ersten Grades*, eines zielgerichteten unbedingten Wollens, nahe. Die Rechtsprechung verstand das Merkmal jedoch in einem weiteren Sinn und ließ bedingten Vorsatz genügen.¹⁴⁸

Die Absicht im Sinne von *Dolus directus* zeichnet sich durch ein besonders intensives Wollen aus. Der tatbestandliche Erfolg muss als Endziel oder als notwendiges Zwischenziel erstrebt werden. Von der Absicht sind jedoch die Motive zu unterscheiden.¹⁴⁹ Ziel des Schuldners kann es etwa sein, sich und seine Familie durch die Handlung abzusichern oder einen schlechten Ruf zu vermeiden. Die damit verbundene Benachteiligung der Gläubiger ist dann nicht das primäre Ziel, sondern nur eine unvermeidliche Nebenfolge. Dies wird in der Praxis häufig der Fall sein: Der Schuldner wird von einer anderen Hauptmotivation geleitet, und dennoch bewirkt er eine bewusste Benachteiligung und tangiert somit den Schutzzweck der Vorsatzanfechtung. Würde man aber den Ausdruck Absicht im Sinne eines zielgerichteten unbedingten Wollens verstehen, liefe die Anfechtung in der Regel ins Leere. Dies widerspräche jedoch ihrem Schutzzweck.¹⁵⁰ Daher war ein Eventualvorsatz, mithin eine billigende Inkaufnahme der Gläubigerbenachteiligung, ausreichend.

Wie diese Arbeit zeigen wird, ist jedoch auch im Rahmen eines Eventualvorsatzes stets zu prüfen, ob eine bewusste Benachteiligung im konkreten Fall vorliegt oder ob die Hauptmotivation derart stark den Willen des Schuldners dominiert, dass eine billigende Inkaufnahme der Gläubigerbenachteiligung ausscheidet. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn der Schuldner Zahlungen unter Strafandrohung leistet oder eine gesetzliche Pflicht erfüllt.¹⁵¹

¹⁴⁸ BGH, ZIP 1991, 807, 808, BGH, ZIP 1997, 853, BGH, ZIP 1994, 40.

¹⁴⁹ Beulke, Strafrecht AT, Rn 211.

¹⁵⁰ RG, JW 1919, 244.

¹⁵¹ Hierzu unter G., V.

b) Formulierung in der InsO

Die Formulierung in § 133 InsO festigte die vom BGH entwickelten Ansätze. Der „*irreführende*“¹⁵² Ausdruck Absicht wurde durch den Begriff *Vorsatz* ersetzt.¹⁵³ Die begriffliche Änderung bedeutet jedoch nicht zwingend eine inhaltliche Änderung.¹⁵⁴ Ausreichend im Rahmen der vorsätzlichen Gläubigerbenachteiligung ist eine „*bedingte Benachteiligungsabsicht*“¹⁵⁵ in Form eines bedingten Vorsatzes. Der Eventualvorsatz erfüllt daher sowohl nach dem Wortlaut als auch nach dem gesetzgeberischen Willen die Anforderungen an den Vorsatz im Sinne von § 133 I InsO.¹⁵⁶

Vorsätzlich im Sinne von § 133 I InsO handelt nach der Auslegung des BGH, wer die Benachteiligung der Gläubiger als Erfolg seiner Rechtshandlung anstrebt oder als mutmaßliche Folge erkennt und billigend in Kauf nimmt.¹⁵⁷

c) Anforderungen

Damit ein bedingter Benachteiligungsvorsatz vorliegt, muss der Schuldner das Bewusstsein haben, die Gläubiger durch die Vornahme der Rechtshandlung zu benachteiligen.¹⁵⁸ Er muss erkennen oder zumindest für möglich halten, dass sein Verhalten die Gläubiger benachteiligt.¹⁵⁹ Die Gläubigerbenachteiligung muss nicht notwendigerweise der vorrangige Zweck des Schuldnerhandels sein. Ausreichend ist, dass er die Benachteiligung erkannt und gebilligt hat, sei es auch als unerwünschte Nebenfolge.¹⁶⁰ Selbst wenn der Schuldner auf Druck einzelner Gläubiger handelt – etwa aufgrund der Drohung, eine Zwangsvollstreckungsmaßnahme vorzunehmen, einen Insolvenzantrag zu stellen oder gar eine Strafanzeige zu erstatten – genügt die Erkenntnis, dass diese *Druckzahlungen* die übrigen Gläubiger benachteiligt.¹⁶¹ Der Ausdruck *Vorsatz der Benachteiligung* ist demnach begrifflich nicht identisch mit dem Ausdruck *Bewusstsein der Benachteiligung*.¹⁶²

¹⁵² BT- Drucks 12/2443, S. 160.

¹⁵³ BT- Drucks 12/2443, S. 160.

¹⁵⁴ Dazu ausführlich unter F., I., 4., b), aa).

¹⁵⁵ BT- Drucks 12/2443, S. 160.

¹⁵⁶ BGH, NZI 2007, 512; BGHZ 155, 75, 84; MünchKomm/Kayser, § 133 InsO, Rn. 13.

¹⁵⁷ BGHZ 131, 189, 195; BGHZ 180, 98, 102f.; BGHZ 162, 143, 153.

¹⁵⁸ Uhlenbruck/Hirte/Eden, § 133, Rn. 35.

¹⁵⁹ Uhlenbruck/Hirte/Eden, § 133, Rn. 37.

¹⁶⁰ BGHZ 167, 190, 194; BGHZ 155, 75, 84; BGHZ 162, 143, 153; MünchKomm/Kayser, § 133 InsO, Rn. 13a; Uhlenbruck/Hirte/Eden, § 133, Rn. 35.

¹⁶¹ BGHZ 155, 75, 79 f.; BGH, NJW 2003, 3560, 3561; BGH, NJW-RR 2004, 342, 343.

¹⁶² Lind, Auslegung, S. 83.

Das Wissen um eine Benachteiligung impliziert die billigende Willensrichtung des Schuldners,¹⁶³ auch im Falle einer kongruenten Deckung.¹⁶⁴

Zwar ist diese Auslegung des Benachteiligungsvorsatzes von dem weitgefassten Wortlaut der Norm noch erfasst, im Sinne einer teleologischen Auslegung der Norm muss jedoch auch anlässlich eines Eventualvorsatzes gefragt werden, ob die Gläubigerbenachteiligung für den Schuldner noch eine erkennbare Nebenfolge darstellt oder bereits derart in den Hintergrund getreten ist, dass ein *Wissen und Wollen* der Benachteiligung nicht mehr gegeben ist.¹⁶⁵

d) Kausalität

Ein Vorsatz liegt nur dann vor, wenn ein Ursachenzusammenhang zwischen der Rechtshandlung und der Benachteiligung erfasst worden war. Dabei muss nicht bekannt sein, welcher konkrete Umstand die Gläubigerbenachteiligung auslöst. Ausreichend, aber auch notwendig, ist, dass der Schuldner die Verbindung zwischen der Handlung und deren Erfolg, also die Kausalität seines Handelns, in wesentlichen Zügen erkennt.

e) Unlauterkeit

Ein unlauteres Zusammenwirken zwischen Schuldner und Gläubiger ist nicht erforderlich.¹⁶⁶ Der Wortlaut von § 133 Abs. 1 InsO bezieht sich nicht auf ein Unlauterkeitsmerkmal in Form einer gläubigerbenachteiligenden Motivation, wie es teilweise in § 31 KO gefordert wurde.¹⁶⁷ Die Unlauterkeit entfiel im Rahmen von § 31 KO insbesondere dann, wenn der Schuldner im Rahmen kongruenter Deckungen lediglich einer Rechtspflicht gehorchte.¹⁶⁸ Wie hier noch gezeigt wird, fordern Kritiker, dass das Tatbestandsmerkmal der Unlauterkeit auch in § 133 Abs. 1 InsO Voraussetzung ist.

f) Maßgeblicher Zeitpunkt

Der Vorsatz muss zum Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung gegeben sein. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 133 InsO: „mit dem Vorsatz“. Vergleichend

¹⁶³ Lind, Auslegung, S. 83, OLD Dresden, ZIP 2003, 1052, 1053.

¹⁶⁴ BGHZ 155, 75, 83 f.; BGH, NJW 2003, 3560, 3561; BGH, NZI 2006, 159, 161.

¹⁶⁵ Dazu ausführlich unter G., V.

¹⁶⁶ Ede/Hirte, Uhlenbruck, § 133, Rn. 40.

¹⁶⁷ Kayser, in: MünchKomm-InsO, § 133, Rn. 13b.

¹⁶⁸ BGH, NZI 2005, 692, 963.

dazu wird auch im Strafrecht darauf abgestellt, ob der Vorsatz nach § 8 StGB bei Begehung der Tat, d. h. die Vornahme der tatbestandlichen Ausführungshandlung, vorliegt.¹⁶⁹

Teilweise wird zudem § 140 InsO zur Bestimmung des Zeitpunkts herangezogen. Bei der Anfechtung einer Zession einer künftigen Forderung komme es demnach auf deren Entstehung an.¹⁷⁰ Der in § 140 InsO bestimmte Zeitpunkt, nämlich der, in dem der Anfechtungsgegner durch die Rechtshandlung eine Stellung erlangt, die im Falle der Insolvenzeröffnung vorbehaltlich der Anfechtung beachtet werden muss, bestimmt aber nur den Zeitpunkt, wann eine anfechtbare Rechtshandlung vorliegt, und wirkt sich auf den Anfechtungszeitraum aus. Anderenfalls würden auch Zeiträume erfasst, in welchen der Schuldner die Gläubigerbenachteiligung herbeiführenden Vorgänge nicht mehr von sich aus beseitigen könnte und sein Vorsatz insofern erzwungen wäre.¹⁷¹ Andererseits könnte es dem Schuldner auch zu Gute kommen, wenn der Vorsatz etwa wegen eines überzeugenden Sanierungskonzeptes entfällt. Eine Anwendung von § 140 InsO in solchen Fällen würde daher zu ungerechten Ergebnissen führen.¹⁷² Abzustellen ist demnach auf den Zeitpunkt, zu dem der Schuldner seine letzte Ausführungshandlung tatsächlich vorgenommen hat.

2. Beweislast

Auch der Vorsatz als innere Tatsache ist im Prozess darzulegen und zu beweisen. Grundsätzlich liegt die Darlegungs- und Beweislast im Rahmen eines Anfechtungsprozesses beim Insolvenzverwalter.¹⁷³

Der Vorsatz als subjektive Voraussetzung entzieht sich als schwer beweisbare innere Tatsache allerdings meist der Beobachtung von außen.¹⁷⁴ Nur in seltenen Fällen ist klar erkennbar, dass der Schuldner eine bestimmte Handlung mit dem Vorsatz vornimmt, seine Gläubiger zu benachteiligen. Daher bilden äußere Tatsachen die Beurteilungsgrundlage für das Vorhandensein eines Vorsatzes, denn das Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen kann nur mittelbar aus objektiven Tatsachen hergeleitet werden.¹⁷⁵ Anknüpfend an objektiv erkennbare Umstände wurden durch die Rechtsprechung Fallgruppen und Erfahrungssätze gebildet, um bei der Beurteilung des Vorsatzes ein einheitliches Ergebnis

¹⁶⁹ *Beulke*, Strafrecht AT Rn. 206.

¹⁷⁰ *Kirchhoff*, in: MünchKomm-InsO, § 133, Rn. 17.

¹⁷¹ *Lind*, Auslegung, S. 91.

¹⁷² *Lind*, Auslegung, S. 91.

¹⁷³ *Uhlenbruck/Hirte/Eden*, § 133, Rn. 59.

¹⁷⁴ BGH, NZI 2009, 786; BGH, ZInsO 2010, 1598.

¹⁷⁵ *Uhlenbruck/Hirte/Eden*, § 133, Rn. 59; *Lind*, Auslegung, S. 81, RG JW 1902, 24 Nr. 17.

zu erzielen.¹⁷⁶ Die Rechtsprechung betont jedoch, dass ein entwickeltes Beweisanzeichen eine Gesamtwürdigung nicht entbehrlich macht und nicht schematisch im Sinne einer von der anderen Seite zu widerlegenden Vermutung angewandt werden darf.¹⁷⁷

a) § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO

Eine echte Beweislastumkehr enthält § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO. Grundsätzlich gilt die Vermutungsregel des § 133 Abs. 1 Satz 2 nur hinsichtlich der Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Vorsatz des Schuldners. Diese stellt aber keine Beweiserleichterung hinsichtlich des Vorsatzes selbst dar. Dabei wird in der Regel der Schuldner selbst seine (drohende) Zahlungsunfähigkeit sowie die Möglichkeit der Benachteiligung eher erkennen als der Anfechtungsgegner. Ist man an einem weiten Vorsatzbegriff interessiert, könnte die Kenntnis des Schuldners zur Bejahung des Vorsatzes führen.¹⁷⁸

Dies führt zu der Überlegung, die Beweislastregelung auch auf den Vorsatz des Schuldners anzuwenden.¹⁷⁹ Dieser Ansatz würde jedoch über den Wortlaut der Norm hinausgehen. Eine solche Ausdehnung ist aber dem Gesetzgeber vorbehalten.¹⁸⁰ Gegen eine solche Anwendung spricht zudem eine historische Erwägung: Der Bundesrat schlug seinerzeit eine entsprechende Regelung für den Vorsatz des Schuldners vor.¹⁸¹ Dieser Vorschlag wurde jedoch mit dem Hinweis abgelehnt, dass eine solche Verschärfung der Vorsatzanfechtung, die sich auf einen sehr langen Zeitraum bezieht, sorgfältig mit dem Schutz des Rechtsverkehrs abgewogen werden müsse.¹⁸² Die bestehende Beweislastregelung bewirke bereits eine wesentliche Erleichterung zu Gunsten der Masse, daher bestünde bei einer zusätzlichen Beweisregelung die Gefahr eines Ungleichgewichts zu Lasten der Rechtssicherheit. Vielmehr solle es der gerichtlichen Praxis überlassen bleiben, im Einzelfall anhand von Indizien festzustellen, ob der Benachteiligungsvorsatz vorliegt oder nicht. Es bleibe also der Rechtsprechung vorbehalten (auch entsprechend zu § 133 Abs. 1 Satz 2), Erfahrungssätze zu bilden.¹⁸³

¹⁷⁶ BGH, ZIP 1991, 807; BGH, ZIP 1997, 853, 855, BGH, ZIP 1994, 40.

¹⁷⁷ BGH, NZI 2009, 768, BGH, NZI 2009, 847; BGHZ 193, 129; Uhlenbruck/Hirte/Eden, § 133, Rn. 61.

¹⁷⁸ Lind, Auslegung, S. 98.

¹⁷⁹ OLG Dresden, ZIP 2003, 1717.

¹⁸⁰ Lind, Auslegung, S. 98.

¹⁸¹ BR-Drucks. 1/1/92 Nr. 37.

¹⁸² Amtliche Begründung InsO S. 265f.

¹⁸³ Lind, Auslegung, S. 99.

Nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers ist eine entsprechende Anwendung von § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO auch auf den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners nicht möglich. Auch der Wortlaut der Norm spricht dagegen. Eine entsprechende Anwendung der Beweislastregelung ist im Ergebnis abzulehnen.¹⁸⁴

b) Zahlungsunfähigkeit

Dennoch bildet die Zahlungsunfähigkeit ein wichtiges Indiz im Rahmen der Vorsatzermittlung. Kennt der Schuldner seine Zahlungsunfähigkeit, wird er auch mit der Möglichkeit rechnen, dass jede auf seine Haftungsvermögen bezogene Rechtshandlung geeignet ist, die Gläubiger zu benachteiligen. Befriedigt der Schuldner noch einzelne Gläubiger, ist ihm zwangsläufig bewusst, dass dadurch eine Benachteiligung der übrigen Gläubiger eintritt, da für diese dann weniger Vermögensmasse übrigbleibt.¹⁸⁵

Die Anforderungen an die subjektiven Voraussetzungen dürfen nicht zu streng sein. Der Schuldner muss nicht genau wissen, welche konkrete spätere Benachteiligung eintritt.¹⁸⁶ Ist der Schuldner zahlungsunfähig, weiß er, dass er nicht sämtliche Gläubiger gleichermaßen befriedigen kann, wenn er eine Leistung an einen Gläubiger bewirkt. Weiß der Schuldner also um seine Zahlungsunfähigkeit, kann von einem Benachteiligungsvorsatz ausgegangen werden.¹⁸⁷ Er nimmt die Gläubigerbenachteiligung hierbei billigend in Kauf.¹⁸⁸

Der Schuldner muss sich noch nicht im Stadium der Überschuldung oder der Zahlungsunfähigkeit befinden. Auch ein vorgelagertes Stadium kann ausreichen, um die kognitiven Elemente des Vorsatzes anzunehmen.¹⁸⁹ Zumindest in einer Liquiditätskrise, die die Gefahr der Zahlungsunfähigkeit anzeigt, muss der Schuldner damit rechnen, seine Gläubiger durch vermögensbezogene Rechtshandlungen künftig zu benachteiligen.¹⁹⁰ Für die Anknüpfung an die drohende Zahlungsunfähigkeit sprechen insbesondere systematische Gesichtspunkte. So besteht gem. § 18 InsO für den Schuldner die Möglichkeit, bereits zu diesem Zeitpunkt einen Antrag auf Verfahrenseröffnung zu stellen. Auch aus § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO folgt eine dementsprechende Anknüpfung. Im Rahmen der Vermutungsregelung reicht die Kenntnis der drohenden Zahlungsunfähigkeit als Anknüpfungspunkt.

¹⁸⁴ So auch *Lind*, Auslegung, S. 98 f.

¹⁸⁵ *Lind*, Auslegung, S. 85.

¹⁸⁶ BGH, NJW-RR 2014, 231, 232.

¹⁸⁷ BGH, ZInsO 2014, 496.

¹⁸⁸ BGH, ZInsO 2014, 496.

¹⁸⁹ *Lind*, Auslegung, S. 85

¹⁹⁰ *Lind*, Auslegung, S. 85 f.

Das Gesetz zeigt, dass bereits zu diesem Zeitpunkt ein anfechtungsrechtlich relevanter Vorsatz vorliegen kann.¹⁹¹ Die Befriedigung der Gläubiger kann jedoch auch in einem Stadium vor der Liquiditätskrise gefährdet werden. Sobald Verluste erwirtschaftet werden, etwa in einer Ertragskrise, kann bereits eine Gefährdung bestehen, denn dann steht bereits fest, dass das Unternehmen dauerhaft Verluste erwirtschaftet, welche langfristig das Eigenkapital aufzehren.¹⁹² Auch dann kann, wenn weitere Indizien hinzutreten, ein Vorsatz bejaht werden. Je mehr sich die Krise verdichtet, desto eher liegt auch ein entsprechender Vorsatz vor.

Die Kenntnis einer wirtschaftlichen Krise (also etwa, wenn die o. g. Zustände vorliegen) wird demnach als Indiz für das Vorliegen des Vorsatzes herangezogen, obwohl sie kein notwendiges Element für den Vorsatz ist.¹⁹³

c) Inkongruenz

Eine ähnliche Indizwirkung wie die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit (bzw. die Kenntnis von Umständen, die auf eine solche hindeuten), kommt der Vornahme einer inkongruenten Deckungshandlung zu.¹⁹⁴ Wird dem Anfechtungsgegner durch die Rechtshandlung eine inkongruente Deckung gewährt, stellt dies ein starkes Beweisanzeichen für einen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz dar.¹⁹⁵ Zwar liegt hier de jure keine Beweislastumkehr vor, ein starkes Beweisanzeichen kann jedoch in seiner Wirkung einer solchen de facto gleichkommen.¹⁹⁶ Die Inkongruenz stellt ein wesentliches Beweisanzeichen für den Benachteiligungsvorsatz dar, da dies auf der tatsächlichen Lebenserfahrung beruht, wonach der Schuldner regelmäßig nicht bereit sein wird, etwas anderes als die geschuldete Leistung zu erbringen – und der Gläubiger eine andere als die geschuldete Leistung oft nur fordern und annehmen wird, wenn er um die Leistungsfähigkeit des Schuldners fürchtet.¹⁹⁷

Eine solche Indizwirkung kann durch gewisse Umstände abgeschwächt werden, etwa im Rahmen einer Sanierung oder in einer sogenannten Schwächesituation, in der der Schuld-

¹⁹¹ *Lind*, Auslegung, S. 86

¹⁹² *Lind*, Auslegung, S. 86.

¹⁹³ *Lind*, Auslegung, S. 86.

¹⁹⁴ *Kayser*, NJW 2014, 422, 425.

¹⁹⁵ BGHZ 157, 242, 246 ff; BGHZ 166, 125, 137; BGHZ 174, 314, 322.

¹⁹⁶ *Kayser*, NJW 2014, 422, 425.

¹⁹⁷ *Uhlenbruck/Hirte/Eden*, § 133, Rn. 101.

ner in einer durch objektive Tatsachen gestützte Überzeugung handelt, alle seiner Gläubiger in absehbarer Zeit befriedigen zu können.¹⁹⁸ Mittlerweile bestätigte der BGH diese Abschwächungsmöglichkeit.¹⁹⁹ Aber auch in diesem Fall verbleibt – wie in dieser Arbeit noch gezeigt werden wird²⁰⁰ – eine Unsicherheit.

Die Fälle inkongruenter Leistungen sind vielfältig, da grundsätzlich jede nicht dem (ursprünglichen) Vertrag entsprechende Leistung inkongruent ist, sobald eine gewisse Relevanzschwelle überschritten ist.²⁰¹ Somit fallen beispielsweise Vorschussleistungen jeder Art, Veränderungen des Zahlungsweges und sogenannte Druckzahlungen unter die Gruppe der inkongruenten Deckungen.²⁰²

Die Indizwirkung beruht auf der Überlegung, dass ein Schuldner, der sich in einer Liquidationskrise befindet, im Allgemeinen nicht bereit sein wird, anders, mehr oder früher zu leisten als er schuldet. Tut er es dennoch, liegt der Verdacht nahe, dass die Leistung zum Vorteil eines Gläubigers gleichzeitig zum Nachteil der übrigen Gläubiger erfolgt.²⁰³ Die Virulenz des Beweisanzeichens richtet sich nach dem Ausmaß der Inkongruenz.²⁰⁴ Dabei erstreckt sich die Inkongruenz – sofern zumindest die Umstände, bei deren Vorliegen die Inkongruenz erfüllt ist, bekannt sind – sowohl auf den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz als auch auf dessen Kenntnis.²⁰⁵

Diese Handhabung der Rechtsprechung stößt allerdings auf Kritik.²⁰⁶ Die zentralen Einwände der Literatur lauten: Mit der Einführung des § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO habe der Gesetzgeber inkongruente Deckungen aus dem Bereich der Vorsatzanfechtung herausgenommen. Die Regelungen der Vorsatzanfechtung seien insoweit verdrängt.²⁰⁷ Die Vermutung des § 133 Abs. 1 S. 2 InsO gehe den entwickelten starken Beweisanzeichen vor. Weitere Erleichterungen zu gewähren sei nicht notwendig und nicht vom Gesetzgeber intendiert.²⁰⁸

¹⁹⁸ Kayser, NJW 2014, 422, 425.

¹⁹⁹ BGH, NJW 2014, 467 ff.; Kayser, NJW 2014, 422, 425.

²⁰⁰ Beispielsweise unter E., I., 2.

²⁰¹ Kayser, NJW 2014, 422, 426.

²⁰² BGHZ 155, 75, 79 f.

²⁰³ MünchKomm/Kayser, § 133 InsO, Rn. 29.

²⁰⁴ BGHZ 157, 242, 252.

²⁰⁵ Lind, Auslegung, S. 118 f.; BGH ZIP 2004, 1060, 1061; BGH ZIP 2004, 319, 322; BGH ZIP 1993, 1653.

²⁰⁶ Henckel, Anfechtung, Rn. 52 f.

²⁰⁷ Henckel, FS BGH, S. 785, 786 ff., FS Gerhardt, 2004, S. 361, 372 ff.

²⁰⁸ Henckel, Anfechtung, Rn. 52f.

Auch laut *Lind* muss das systematische Verhältnis von § 131 InsO (ausgenommen Nr. 3) und § 133 InsO beachtet werden: Der Gesetzgeber gebe in § 132 InsO eine Grenze der Anfechtungswürdigkeit vor, welche zum Schutz des Vertrauens des Rechtsverkehrs nicht durch die Vorsatzanfechtung umgangen werden dürfe.²⁰⁹ Durch § 131 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 InsO solle wie durch § 130 InsO die Gleichbehandlung der Gläubiger auf den Zeitpunkt des Beginns der materiellen Krise vorverlagert werden. Allein die Krisenkenntnis könne beim Vorliegen einer inkongruenten Deckung außerhalb des Drei-Monats-Zeitraums nicht die Anwendung der Vorsatzanfechtung rechtfertigen, es müsse als zusätzliches Merkmal die *Unlauterkeit* hinzutreten.²¹⁰ Zwar könne die Inkongruenz dennoch als Indiz herangezogen werden, da der Gesetzgeber durch die Insolvenzordnung die Anfechtungsmöglichkeiten erweitern und nicht einschränken wollte, ein solches Indiz dürfe jedoch nicht zur Bejahung der Vorsatzanfechtung in jedem Fall einer inkongruenten Deckung führen. Vielmehr müsse stets untersucht werden, ob die Inkongruenz eventuell in Verbindung mit anderen Umständen eine Unlauterkeit begründe.²¹¹

Auch die Rechtsprechung berücksichtige stets die Intensität der Inkongruenz und nehme eine Gesamtwürdigung vor,²¹² derart strenge Anforderungen stelle sie hingegen nicht. Die Inkongruenz sei ein wichtiges Beweisanzeichen im Rahmen von Anfechtungsprozessen, ebenso wie die (drohende) Zahlungsunfähigkeit.²¹³

Zutreffend ist, dass zwischen den Anfechtungsrechten ein Abstandsgebot besteht, denn die Vorsatzanfechtung soll keine Generalklausel darstellen. Die Anfechtungsrechte sind vielmehr im Sinne ihres jeweiligen Schutzzwecks auszulegen und voneinander abzugrenzen.²¹⁴

d) Sanierungseinwand

Ernsthafte Sanierungsmaßnahmen können den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners ausschließen, wodurch eine Haftung des Anfechtungsgegners i. S. d. § 133 InsO entfällt.²¹⁵ Dies war bereits für die alte Fassung der Vorsatzanfechtung von der Rechtsprechung unter bestimmten Voraussetzungen anerkannt. Vorausgesetzt wird nach der Rechtsprechung ein schlüssiges, von den tatsächlichen Gegebenheiten ausgehendes

²⁰⁹ *Lind*, Auslegung, S. 121.

²¹⁰ *Lind*, Auslegung, S. 121.

²¹¹ *Lind*, Auslegung, S. 125.

²¹² BGH, NZI 2009, 847, 848.

²¹³ BGHZ 138, 291, 308; BGHZ 123, 320, 326; BGHZ 157, 242, 248 f.

²¹⁴ Dazu unter F., I., 4., b), cc) sowie unter G., IV.

²¹⁵ *Priebe*, ZInsO 2014, 2479, 2484.

Sanierungskonzept, welches mindestens in den Anfängen bereits in die Tat umgesetzt wurde und beim Schuldner eine ernsthafte und begründete Aussicht auf Erfolg rechtfertigt. Die tatsächlichen Grundlagen des Sanierungskonzeptes sowie die Grundlage, die die Annahme rechtfertigt, dass bei einer Realisierung des Konzepts die Gläubiger vollständig befriedigt werden können, müssen erkennbar sein. Das bloße Hoffen auf eine Sanierung reicht nicht aus, sofern die Bemühungen des Schuldners nicht über die Entwicklung von Plänen und die Erörterung von Hilfsmöglichkeiten hinausgekommen sind.²¹⁶

Inwiefern ein Sanierungsversuch derart gestaltet wird und abläuft, dass er erfolgreich im Anfechtungsprozess geltend gemacht werden kann, hängt somit von Faktoren ab, auf die der spätere Anfechtungsgegner keinen Einfluss hat. Er ist daher ex ante gehalten, die Anforderungen des BGH an den Sanierungsplan des Schuldners zu prüfen und zu beurteilen. Ein solches Vorgehen erscheint allerdings reichlich praxisfremd.²¹⁷ Daher werden die genannten Anforderungen als überzogen bewertet.²¹⁸

Richtigerweise ist der Anknüpfungspunkt für die Erzielung von interessengerechten Ergebnissen der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz. Wie noch zu zeigen ist, ist stets zu fragen und zu überprüfen, ob das Wissen um die Benachteiligung durch die Sanierungsbemühungen in den Hintergrund verdrängt worden ist.²¹⁹

III. Kenntnis vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz

Voraussetzung für die Vorsatzanfechtung ist, dass der Anfechtungsgegner erkannt hat, dass die Rechtshandlung des Schuldners dessen Gläubiger benachteiligt und dass der Schuldner dies auch wollte.²²⁰ Er muss jedoch nicht alle Einzelheiten kennen.²²¹ Ausreichend ist, dass er um die Willensrichtung des Schuldners weiß und nach allgemeiner Erfahrung eine gläubigerbenachteiligende Rechtshandlung des Schuldners zugrunde legen

²¹⁶ BGH, ZInsO 2013, 2055.

²¹⁷ Priebe, ZInsO 2014, 2479, 2487.

²¹⁸ Priebe, ZInsO 2014, 2479, 2487.

²¹⁹ Dazu unter G. V.

²²⁰ BGH, NJW-RR 2014, 231, 232.

²²¹ BGH, NJW-RR 2014, 231, 232.

muss.²²² Er selbst muss dabei nicht den Vorsatz haben, die (übrigen) Gläubiger zu benachteiligen.²²³ Anfechtungsgegner kann ein Vertragspartner oder ein Insolvenzgläubiger des Schuldners sein, doch notwendig ist dies nicht. Jeder Dritte ist ein potentieller Anfechtungsgegner.²²⁴

Bei der Kenntnis vom Benachteiligungsvorsatz handelt es sich ebenfalls um eine innere Tatsache, deren Vorhandensein anhand von äußeren Umständen ermittelt werden muss. Daher wird vom Vorliegen der Kenntnis ausgegangen, wenn dem Anfechtungsgegner die objektiven äußeren Umstände bekannt sind, die Rückschlüsse zulassen auf den Vorsatz des Schuldners.²²⁵ Ob diese Umstände bekannt sind, muss wiederum aus deren Vorhandensein und aus der Möglichkeit zur Kenntnisnahme ermittelt werden.²²⁶

Ein entscheidender Anknüpfungspunkt für die Kenntnis des Anfechtungsgegners (und auch für die billigende Inkaufnahme der Gläubigerbenachteiligung auf Seiten des Schuldners) ist – der Vermutungsregelung entsprechend – die (grundsätzlich auch nur drohende) Zahlungsunfähigkeit des Schuldners. Ist der Anfechtungsgegner von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners unterrichtet worden, kann von dessen Kenntnis ausgegangen werden. Denn dem Gläubiger ist dann bekannt, dass infolge der ihm erbrachten Leistungen die Befriedigungsmöglichkeit anderer Gläubiger vereitelt oder zumindest erschwert wird.²²⁷ Je tiefer die Krise des Schuldners ist, desto leichter ist diese auch für einen Dritten – hier: den späteren Anfechtungsgegner – erkennbar.²²⁸

Grundsätzlich trägt – dem allgemeinen Beibringungsgrundsatz des Privatrechtes entsprechend – der Insolvenzverwalter die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Kenntnis beim Anfechtungsgegner vorliegt. Da auch die Kenntnis vom Vorsatz des Schuldners eine innere Tatsache ist, ist sie nicht dem unmittelbaren Beweis zugänglich. Der Nachweis kann daher nur mittelbar erbracht werden.²²⁹ Zum Nachweis dient daher die Feststellung eines Lebenssachverhaltes, der bei einer vernünftigen Würdigung aller Umstände

²²² BGH, NJW-RR 2014, 231, 232.

²²³ *Kreft*, in: HK, § 133, Rn 21.

²²⁴ *Dauernheim*, in: FK, § 133, Rn. 17.

²²⁵ *Lind*, Auslegung, S. 92.

²²⁶ *Lind*, Auslegung, S. 92.

²²⁷ BGH, ZInsO 2014, 496.

²²⁸ *Holzen*, NZI 2005, 308, 311.

²²⁹ *Oberheim*, JuS 1996, 729; *Schellhammer*, Zivilprozess, Rn. 513.

nur den Schluss zulässt, dass die innere Tatsache gegeben ist.²³⁰ Die Ermittlung erfolgt mithin anhand von Indizien.

§ 133 Abs. 1 Satz 2 InsO stellt eine Vermutungsregel auf, die den üblichen prozessualen Grundsatz umkehrt. Demnach wird die Kenntnis des Anfechtungsgegners vermutet, wenn dieser wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und die Handlung die Gläubiger benachteiligt. Sinn und Zweck dieser Regelung ist die Entlastung des Verwalters von schwierigen Beweisführungen, um damit die praktische Durchsetzbarkeit der Anfechtungsansprüche zu erleichtern.²³¹ Nach Ansicht des BGH genügt daher bereits die Kenntnis von Umständen, die zwingend auf eine (drohende) Zahlungsunfähigkeit hinweisen.²³²

Problematisch ist dabei, dass eine drohende Zahlungsunfähigkeit schwer feststellbar ist – und umso schwerer feststellbar wird, je länger der betrachtete Zeitraum ist. Erforderlich ist dafür häufig die Aufstellung eines Liquiditätsplans, der umfangreiche Unternehmenszahlen erfordert,²³³ aber aufgrund seines prognostischen Elements wiederum selbst Unsicherheiten birgt.²³⁴ Daher wird eine drohende Zahlungsunfähigkeit für einen Dritten in der Regel kaum erkennbar sein, höchstens für den beauftragten Wirtschaftsprüfer oder den Anwalt des Unternehmens. Wäre also die Aufstellung eines Liquiditätsplans und dessen Bewertung durch den Anfechtungsgegner nötig, um einen Vorsatz annehmen zu können, wäre der Anwendungsbereich dieser Klausel jedoch stark eingeschränkt. Ein solches Verständnis der Klausel entspricht daher kaum der Intention des Gesetzgebers und dem damit verbundenen Sinn und Zweck des Gesetzes.²³⁵

Auch der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit ist ohne den Besitz von Liquiditätsplänen für den Anfechtungsgegner nicht feststellbar.²³⁶ Dies ist allenfalls Banken oder Sanierungsberatern möglich.²³⁷ Daher wurden durch die Rechtsprechung Erfahrungssätze gebildet, unter welchen Umständen sich im Einklang mit dem Telos der Norm die Kenntnis der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit vermuten lässt.

²³⁰ MünchKomm/Kayser, § 133 InsO, Rn.23; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann/Hartmann, Einf. § 284, Rn. 15, 18.

²³¹ BT-Drucks. 12/2443, S. 160.

²³² BGH, ZIP 2003, 1799, 1800f.; BGH, ZIP 2004, 669, 671; BGH, ZIP 2004, 1512, 1514.

²³³ MünchKomm/ Drukarczyk, § 18 InsO, Rn. 23 ff.

²³⁴ Lind, Auslegung, S. 96.

²³⁵ Lind, Auslegung, S. 97.

²³⁶ Priebe, ZInsO 2014, 2479, 2484.

²³⁷ Priebe, ZInsO 2014, 2479, 2484.

Die positive Kenntnis ist daher nicht aufgrund dieses engen Verständnisses anzunehmen. Ausreichend ist stattdessen, wenn der Gläubiger aus den ihm bekannten Tatsachen und dem Verhalten des Schuldners bei einer natürlichen Betrachtungsweise den zutreffenden Schluss ziehen kann, dass der Schuldner einen wesentlichen Teil – zehn Prozent oder mehr – seiner ernsthaft eingeforderten Verbindlichkeiten innerhalb der nächsten kommenden drei Wochen nicht tilgen kann.²³⁸ Ausreichend ist zudem, dass der spätere Anfechtungsgegner solche tatsächlichen Umstände kennt, aus denen bei einer zutreffenden rechtlichen Bewertung zweifelsfrei die Zahlungsunfähigkeit folgt.²³⁹ Mithin steht die Kenntnis von Umständen, die auf eine Zahlungsunfähigkeit schließen lassen, der Kenntnis der tatsächlichen Zahlungsunfähigkeit gleich.²⁴⁰

Bereits zu § 30 KO wurde der Erfahrungssatz gebildet, dass die Kenntnis der Zahlungseinstellung zu vermuten sei, wenn der Anfechtungsgegner eine Tatsache kenne, an die jeder verständlicherweise die Erwartung knüpfe, dass der Schuldner wesentliche Zahlungen nicht mehr erbringen könne und somit die (drohende) Zahlungsunfähigkeit vorliege.²⁴¹

Solche Tatsachen wären Erklärungen des Schuldners, nicht mehr zahlen zu können, das Bestehen von Zahlungsrückständen (dann greift die Vermutungsregelung), das Vorliegen von Lastschriftenrückgaben²⁴² und fruchtlose Pfändungen.²⁴³ Eine Mahnung stellt hingegen grundsätzlich kein Indiz für eine Zahlungsunfähigkeit des Schuldners dar,²⁴⁴ ebenso verhält es sich mit einer Klage oder deren Androhung.²⁴⁵

1. § 17 Abs. 2 S. 2 InsO

Um die Zahlungsunfähigkeit feststellen zu können, kann wiederum auf eine Beweiserleichterung zurückgegriffen werden.

Gem. § 17 Abs. 2 S. 2 InsO greift die gesetzliche Vermutung für das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat. Auch im Anfechtungsprozess ist die Einstellung der Zahlungen entscheidend.²⁴⁶

²³⁸ BGH, NZI 2007, 36, 37.

²³⁹ BGHZ 180, 63, 67f.

²⁴⁰ *Priebe*, ZInsO 2014, 2479, 2484; BGH, NJW-RR 2007, 1537 ff.; BGH, NJW-RR 2009, 395, 396.

²⁴¹ BGH, ZIP 1995, 929, 931 f.

²⁴² BGH, ZInsO 2010, 1598.

²⁴³ BGH, NJW-RR 2004, 342.

²⁴⁴ BGH, NJW-RR 2013, 949 f.

²⁴⁵ BGH, NJW-RR 2013, 949, 950.

²⁴⁶ BGHZ 149, 178, 184 f.; BGH, NJW-RR 2007, 1419, 1421.

Unter Zahlungseinstellung ist ein Verhalten des Schuldners zu verstehen, welches typischerweise ausdrückt, dass der Schuldner nicht mehr in der Lage ist, seine fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen. Für die beteiligten Verkehrskreise muss sich der Eindruck aufdrängen, dass der Schuldner außerstande ist, seine fälligen Zahlungsverpflichtungen zu begleichen.²⁴⁷ Dabei reicht die tatsächliche Nichtzahlung eines erheblichen Teils der fälligen Verbindlichkeiten aus, aber auch die Nichtzahlung einer – nicht unwesentlichen – Forderung gegenüber einem einzelnen Gläubiger. Lässt sich der Gläubiger auf eine Ratenzahlung ein, so der BGH, kenne er die Umstände, die auf eine Zahlungseinstellung hinweisen und wird so zum Anfechtungsgegner.²⁴⁸

a) Beweisanzeichen

Um die Zahlungseinstellung zu ermitteln, werden einzelne oder ganze Bündel von insbesondere wirtschaftskriminalistischen Beweisanzeichen herangezogen. Dabei wiegen direkte Äußerungen des Schuldners, er könne nicht mehr zahlen, besonders schwer.²⁴⁹

Ein Beweisanzeichen kann sich auch aus einer Ratenzahlungsbitte ergeben, da eine solche Bitte grundsätzlich dafür sprechen kann, dass der Schuldner nicht in der Lage ist, die Forderungen in voller Höhe zu erfüllen.²⁵⁰ Nach einer anderen Auffassung ist hierbei hingegen auf den Gesamtkontext abzustellen.²⁵¹ Für die neue Fassung der Vorsatzanfechtung ist jedoch § 133 Abs. 3 S. 2 InsO zu beachten. Danach wird vermutet, dass der Anfechtungsgegner die Zahlungsunfähigkeit nicht kannte, wenn dieser mit dem Schuldner eine Zahlungsvereinbarung getroffen hat oder eine Zahlungserleichterung gewährt hat. Dies widerspricht dem dargestellten Beweisanzeichen.

Entstandene Zahlungsrückstände, die nicht mehr beglichen werden, begründen regelmäßig ein entsprechendes Indiz.²⁵² Ebenso können dauerhaft schleppende Zahlungen ein Indiz darstellen. Als weiteres Negativindiz ist die Rückgabe von Lastschriften zu bewerten. Eine solche kann bedeuten, dass der Schuldner nicht mehr über eine freie Line und somit nicht mehr über ein ausreichendes Vertrauen seiner Hausbank verfügt.²⁵³ Der Eindruck

²⁴⁷ BGH, NJW-RR 2007, 1419, 1421.

²⁴⁸ BGH, NJW 2013, 940, 941.

²⁴⁹ BeckRS 2010, 19843, *Priebe*, ZInsO, 2478, 2482.

²⁵⁰ *Priebe*, ZInsO 2014, 2479, 2484.

²⁵¹ LG Mannheim, ZInsO 2013, 1912, 1913 f.

²⁵² *Priebe*, ZInsO 2014, 2479, 2484.

²⁵³ *Priebe*, ZInsO 2014, 2479, 2484.

der Zahlungseinstellung entsteht im Grunde immer dann, wenn die *Normalität* des geschäftsüblichen Zahlungsverkehrs aufgebrochen wird.

b) Täuschungen

Vom BGH bisher noch nicht geklärt wurde die Frage, wie sich eine Täuschung gegenüber Gläubigern über die tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten und über die Sanierungskonzepte des Schuldners auswirken.²⁵⁴ Im Sinne der Normsystematik müsste eine solche Täuschung die Vermutungsregel des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO erschüttern. Im Falle einer geschönten Darstellung der wirtschaftlichen Situation des Schuldners, stellt das OLG Stuttgart in einem Urteil vom 23. Januar 2007 auf einen verobjektivierten Empfängerhorizont auf der Gläubigerseite ab.²⁵⁵

2. Zusammenfassung

Mithilfe der Vermutungsregelung des § 17 InsO und der entwickelten Beweisanzeichen konnte und kann somit eine Aneinanderreihung von normierten und entwickelten Beweiserleichterungen zu einer Bejahung der subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung führen – es entsteht also ein Kettenbeweissystem.

E. Analyse der Rechtsprechung

Zu überprüfen ist, wie sich die beschriebenen Vermutungsregelungen in der Praxis auswirkten. Entscheidend ist dabei, welche Auswirkungen die Norm auf das praktische Wirtschaftsleben hatte. Seit dem 01. Juli 2014 gilt die Insolvenzanfechtung nunmehr auch in der Verbraucherinsolvenz. Insofern werden die Auswirkungen sowohl im Regulierungsverfahren unter E. I. als auch in der sogenannten Verbraucherinsolvenz unter E. II. untersucht.

I. Regulierungsverfahren

Anhand einer Analyse der Rechtsprechung, werden die Auswirkungen der Vorsatzanfechtung im Regulierungsverfahren dargestellt. Anschließend ist auf die Reaktionen und Kritik aus der Praxis und der juristischen Lehre einzugehen, die letztlich zu einer Änderung von § 133 InsO führten.²⁵⁶

²⁵⁴ Priebe, ZInsO 2014, 2479, 2487.

²⁵⁵ OLG Saarbrücken, ZInsO 2010, 92, 99.

²⁵⁶ Siehe: E., II.

1. Ratenzahlung – Das Nikolaus-Urteil

a) Tatbestand

In dem Fall des sogenannten *Nikolaus-Urteils* des BGH²⁵⁷ vom 6. Dezember 2012 stand die Schuldnerin mit der Beklagten in laufenden Geschäftsverbindungen. Die Schuldnerin konnte einen erheblichen Teil ihrer Verbindlichkeiten aus Warenlieferungen nicht zum Fälligkeitszeitpunkt bezahlen. Daraufhin schlossen die Schuldnerin und die Beklagte eine Ratenzahlungsvereinbarung, nach der die Altverbindlichkeiten durch sechs unterschiedliche Raten beglichen werden sollten. Die Schuldnerin entrichtete die ersten Raten an die Beklagte und leistete in der Folge auch ihre neu angefallenen Verbindlichkeiten. Die letzte Rate wurde nicht mehr beglichen. Sämtliche Zahlungen begehrte der klägerische Verwalter im Wege einer Anfechtungsklage zurück.

b) Entscheidungsgründe

Dem Klagebegehren des Insolvenzverwalters wurde auf der Grundlage von § 133 InsO stattgegeben. Der BGH war der Ansicht, dass beide Seiten Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin hatten.

Zunächst griff der BGH dabei auf seine bekannten Grundsätze zurück: Der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz liege vor, wenn der Schuldner bei der Vornahme der Rechtshandlung die Benachteiligung der Gläubiger im Allgemeinen als Erfolg seiner Rechtshandlung gewollt oder als mutmaßliche Folge erkannt und gebilligt habe, sei es auch als unvermeidliche Nebenfolge eines ursprünglich erstrebten Vorteils.²⁵⁸ Dieser Vorsatz liege regelmäßig vor, wenn der Schuldner seine Zahlungsunfähigkeit kenne. Denn in diesem Fall wisse der Schuldner, dass sein Vermögen nicht ausreiche, um sämtliche Gläubiger zu befriedigen.²⁵⁹ Der Gläubiger, der die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners kenne, wisse wiederum auch, dass die erfolgten Leistungen die Befriedigungsmöglichkeit anderer Gläubiger vereiteln oder zumindest erschweren und verzögern würde. Dies gelte insbesondere dann, wenn der Schuldner gewerblich tätig sei, da in diesem Falle mit weiteren ungedeckten Ansprüchen zu rechnen sei.²⁶⁰ Vorliegend habe der Schuldner nicht alle fälligen Zahlungen beglichen, insofern liege eine Zahlungseinstellung vor, die die gesetzli-

²⁵⁷ BGH IX ZR 3/12, NJW 2013, 940.

²⁵⁸ BGH, NJW 2013, 940, Rn. 15.

²⁵⁹ BGH, NJW 2013, 940, Rn. 15.

²⁶⁰ BGH, NJW 2013, 940, Rn. 15.

che Vermutung der Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 Abs. 2 S. 2 InsO aufleben lasse. Zudem erfolge die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit aus einer Erklärung der Schuldnerin, wonach nur im Wege der von ihr vorgeschlagenen Ratenzahlung „eine realisierbare Regulierung der bestehenden alten Verbindlichkeiten möglich“ sei.²⁶¹ Inwiefern die entstandene Zahlungsunfähigkeit durch die Ratenzahlung wieder aufgehoben worden sei, könne in diesem Fall dahinstehen, da auch die letzten Raten nicht mehr beglichen wurden und der Schuldner somit von Neuem zahlungsunfähig geworden sei.²⁶² Im Übrigen reiche es bei einem unternehmerisch tätigen Schuldner nicht aus, dass lediglich vereinbarte Ratenzahlungen vorgenommen erfolgt seien, sofern weitere unbeglichene Verbindlichkeiten bestehen.²⁶³ Der Entfall der Zahlungsunfähigkeit durch Ratenzahlungsvereinbarungen müsse zudem von einer nachträglich bekannt gewordenen Veränderung der Tatsachengrundlage getragen sein und nicht nur von einem bloßen Gesinnungswandel.²⁶⁴ Die Vereinbarung von Ratenzahlungen reiche daher nicht allein aus, um die Kenntnis einer Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen, denn der Fortfall der Umstände, aus denen sich die Zahlungsunfähigkeit zunächst ergebe, bewirke nicht zwingend auch einen Fortfall der Kenntnis.²⁶⁵ Es entspreche der allgemeinen Lebenserfahrung, dass Schuldner, um ihr wirtschaftliches Überleben zu sichern, unter dem Druck von Großgläubigern Zahlungen bevorzugt an diese leisten, um sie zum Stillhalten zu bewegen.²⁶⁶ Bei einem gewerblich tätigen Schuldner sei dann offensichtlich, dass weitere vorhandene Gläubiger nicht befriedigt werden.²⁶⁷

Folglich wurden die subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung bejaht und es wurde entsprechend dem Antrag des klägerischen Verwalters geurteilt.

c) Kritik

Das sogenannte *Nikolaus-Urteil* des BGH eröffnete den Insolvenzverwaltern einen sehr weiten Spielraum.²⁶⁸ Aus der Lesart des Urteils folgt, dass Gläubiger gezwungen waren, sich gegen Ratenzahlungen des Schuldners in dessen erkennbarer Krise zu wehren.²⁶⁹

²⁶¹ BGH, NJW 2013, 940, 941, Rn. 22.

²⁶² BGH, NJW 2013, 940, 942, Rn. 30ff.

²⁶³ BGH, NJW 2013, 940, 943, Rn. 36.

²⁶⁴ BGH, NJW 2013, 940, 943, Rn. 39.

²⁶⁵ BGH, NJW 2013, 940, 943, Rn. 39.

²⁶⁶ BGH, NJW 2013, 940, 943, Rn. 42.

²⁶⁷ BGH, NJW 2013, 940, 943, Rn. 42.

²⁶⁸ *Priebe*, ZInsO 2014, 2479.

²⁶⁹ *Priebe*, ZInsO 2014, 2479.

Andernfalls bestand die Gefahr, dass bereits realisierte Forderungen durch die Vorsatzanfechtung wieder verloren gingen.²⁷⁰ Obwohl Ratenzahlungen wirtschaftlich sinnvoll sein können, waren die Gläubiger stattdessen gezwungen, bestehende Forderungen zu titulieren und zu vollstrecken. Für den Handel und die Industrie entstanden erhebliche Unsicherheiten und ein erheblicher Beratungsbedarf, wenn eine Ratenzahlungsvereinbarung geschlossen werden sollte.²⁷¹ Die Ratenzahlung entwickelte sich auf diese Weise von einem geschäftsüblichen Instrument zu einem schwer kalkulierbaren Risiko. So ist denn auch die Anspielung von *Priebe* nachvollziehbar: „[...] ein Gespenst geht um in Deutschland: die Vorsatzanfechtung, § 133 InsO“.²⁷²

2. Forderungsverzicht

a) Tatbestand

In einem weiteren Fall stand ein Forderungsverzicht im Fokus der Anfechtung.²⁷³ Die Schuldnerin befand sich in einer wirtschaftlichen Krise, zu deren Behebung sie versuchte, bei ihren Gläubigern einen teilweisen Forderungsverzicht zu erreichen. Von der Beklagten hatte sie ein Darlehen in Höhe von 2,3 Millionen Euro erhalten. Die Schuldnerin schloss mit der Beklagten einen Vergleichsvertrag. In diesem wurde reguliert, dass die Beklagte gegen eine Zahlung von ca. 400.000 Euro auf ihre restliche Forderung verzichtet. Der Vergleich stand unter dem Vorbehalt, dass die Schuldnerin mit keiner anderen Gläubigerbank einen Vergleich mit besseren Konditionen schließt, anderenfalls sollte der geschlossene Vertrag angepasst werden. Der Vertrag wurde vor dem drei Monatszeitraum der §§ 130, 131 InsO geschlossen. Zu prüfen war daher nur, ob die Voraussetzungen der Anfechtung gem. § 133 Abs. I InsO vorlagen.

b) Entscheidungsgründe

Zunächst ging der BGH auf die subjektiven Tatbestandsmerkmale der Vorsatzanfechtung ein. Er bestätigte erneut, dass diese nur mittelbar anhand von objektiven Tatsachen hergeleitet werden könnten. Insbesondere das Vorliegen einer inkongruenten Deckung sei ein erhebliches Beweisanzeichen hierfür. Zwar habe der Beklagte einen Anspruch auf die Zahlung durch den Vergleichsvertrag gehabt, allerdings sei die Vereinbarung ihrerseits inkongruent, da der Beklagte aus dem ungekündigten Darlehen keine Zahlung verlangen

²⁷⁰ *Priebe*, ZInsO 2014, 2479.

²⁷¹ *Priebe*, ZInsO 2014, 2479.

²⁷² *Priebe*, ZInsO 2014, 2479.

²⁷³ BGH IX ZR 156/09, NZI 2012, 142

konnte. Somit sei auch die Zahlung aufgrund des Vergleichs als inkongruent zu bewerten.²⁷⁴

Die Indizwirkung könne jedoch entfallen, wenn Begleitumstände vorlägen, die ergäben, dass die Rechtshandlung des Schuldners durch einen anfechtungsrechtlich unbedenklichen Willen geleitet war. Dies könne etwa bei einem ernsthaften, aber letztlich fehlgeschlagenen Sanierungsversuch der Fall sein.²⁷⁵ Die bloße Hoffnung auf eine Sanierung räume den Benachteiligungsvorsatz jedoch nicht aus, wenn die erforderlichen Bemühungen über die Entwicklung von Plänen und Erörterung von Hilfsmöglichkeiten nicht hinausgekommen seien. Voraussetzung sei das Vorliegen eines zur Zeit der angefochtenen Handlung schlüssigen, von den tatsächlichen Gegebenheiten ausgehenden Sanierungskonzepts, das in den Anfängen schon in die Tat umgesetzt worden sei und beim Schuldner die ernsthafte und begründete Aussicht auf Erfolg rechtfertige.²⁷⁶ Dabei sei es nicht erforderlich, sämtliche Gläubiger einzubeziehen, die Einbeziehung der hauptsächlichen Kreditgeber könne ausreichen.²⁷⁷

Ein entsprechendes Konzept sei vorliegend aber nicht vorhanden gewesen. Es wäre nicht erkennbar gewesen, welche weiteren Vereinbarungen Bestandteil einer Sanierung hätten sein sollen und auf welchen Grundlagen das Konzept beruhe. Auch sei nicht erkennbar gewesen, was bei einer unvoreingenommenen, fachkundigen Prüfung der Situation der Schuldnerin die Annahme gerechtfertigt hätte, dass bei einer Realisierung des Konzepts die übrigen Gläubiger vollständig befriedigt werden hätten können. Daher könne die Indizwirkung der Inkongruenz nicht entfallen. Der Klage sei daher stattzugeben.

c) Kritik

Das Urteil belegt die *Schärfe des Schwerts* der Vorsatzanfechtung. Eine *gute Gesinnung* des Schuldners reichte im Zuge von Sanierungsbemühungen allein nicht aus, um die subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung zu widerlegen.²⁷⁸ Das Wissen des Schuldners und späteren Anfechtungsgegners um die wirtschaftliche Krise wurde zum anfechtungsrechtlichen *Bumerang*.²⁷⁹ Eine Sanierung stand somit stets unter einem *Damoklesschwert*,²⁸⁰ denn es ist jedem Sanierungsversuch wesensimmanent, dass er sein

²⁷⁴ BGH, NZI 2012, 142, Rn 10.

²⁷⁵ BGH, NZI 2012, 142 f., Rn 11.

²⁷⁶ BGH, NZI 2012, 142 f., Rn 11.

²⁷⁷ BGH, NZI 2012, 142, 143, Rn 13.

²⁷⁸ Undritz, Sanierungsfälle.

²⁷⁹ Undritz, Sanierungsfälle.

²⁸⁰ Paulus, BB 2001, 425, 426.

Ziel auch verfehlen kann.²⁸¹ Insbesondere der vorliegende Fall scheint abstrus: Die darlehensgebende Bank, eine Hauptgläubigerin, verzichtete auf einen Großteil ihrer Forderung. Der Vorteil dieser Vereinbarung ist deutlich erkennbar.²⁸² Die Schuldnerin hat im Ergebnis weniger Verbindlichkeiten zu erfüllen und die restlichen Gläubiger haben somit im Hinblick auf eine spätere Befriedigung aus der Masse einen Konkurrenten weniger.²⁸³ Dennoch entfaltete das Anfechtungsrecht seine Kraft. Es bestand somit eine erhebliche Unsicherheit bezüglich jeder Art von Sanierungsbemühungen.²⁸⁴ Allerdings ist die Sanierung nach § 1 InsO ein Mittel des Insolvenzverfahrens, das der Gesetzgeber durch die Insolvenzrechtsreform explizit aufgenommen hat. Um dieses Ziel zu verwirklichen, wurde unter anderem das Planverfahren (§§ 214 ff InsO) geschaffen.²⁸⁵ Aus dieser Neuordnung lässt sich der gesetzgeberische Wille entnehmen, dass es auch auf die Sanierungsförderung als Alternative zur Liquidation ankommt.²⁸⁶ Dieser gesetzgeberischen Intention wurden durch die strengen Anforderungen an Sanierungsmaßnahmen Steine in den Weg gelegt. Das Instrument der *Anfechtung* war so ausgefeilt, dass es nahezu jede Transaktion erfasste, die in der kritischen Phase vor der formellen Insolvenz stattgefunden hatte – gleichgültig, ob diese „noch so gut gemeint gewesen oder gar vom Gesetzgeber als förderungswürdig“²⁸⁷ erachtet wurden. Der *gute Wille* allein reichte für eine Entkräftung der Beweiszeichen für das Vorliegen eines Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes nicht aus. Hier stellt sich aber die Frage: Bezieht sich der Vorsatz nicht gerade auf den Willen des Schuldners? Und: Kann der Schuldner zugleich einen Benachteiligungsvorsatz haben, wenn sein Wille doch von dem Streben nach einer Aufrechterhaltung seines Unternehmens geleitet wird?

Der Verzicht eines Gläubigers auf eine umfangreiche Forderung ist ein wichtiger Schritt im Hinblick auf eine mögliche Entschuldung. Die Unternehmensrettung und die Verkürzung der bestehenden Verbindlichkeiten der Schuldnerin sind – zumindest bei einer wirtschaftlichen Betrachtung – auch im Interesse der übrigen Gläubiger. Dies sah auch der BGH, wenn er sich dafür ausspricht, dass eine Indizwirkung bei einer ernsthaften Sanierungsbemühung entfallen könne. Der vorliegende Vergleich reichte hierfür aber nicht aus,

²⁸¹ Paulus, BB 2001, 425, 426.

²⁸² So auch: Paulus, BB 2001, 425, 426.

²⁸³ Paulus, BB 2001, 425, 426.

²⁸⁴ Paulus, BB 2001, 425, 426.

²⁸⁵ Paulus, BB 2001, 425.

²⁸⁶ Paulus, BB 2001, 425.

²⁸⁷ Paulus, BB 2001, 425, 429.

obwohl der Verzicht der Bank auf einen Großteil ihrer Forderung ein ernsthafter, wirkungsvoller und wichtiger Sanierungsschritt ist. Im Ergebnis wurden für Sanierungsbemühungen sehr hohe Hürden gestellt, obwohl die Sanierung nach dem Willen des Gesetzgebers zu fördern ist. Richtigerweise betonte *Paulus* bereits 2001, dass die außergerichtliche Sanierung als Instrument volkswirtschaftlich zu wichtig sei, als dass es mit einem „resignierenden Achselzucken beiseitegeschoben werden dürfte“.²⁸⁸ Damit nicht nahezu jede Sanierungsbemühung zum Scheitern verurteilt sei, bedürfe es des guten Willens der Rechtsprechung, diese Gefahr zu bannen.²⁸⁹

3. Zwangsvollstreckung

a) Tatbestand und Entscheidungsgründe

Der klägerische Verwalter verlangte in diesem Fall²⁹⁰ die Rückzahlung von geleisteten Zahlungen der Schuldnerin an den Beklagten, die teilweise durch Überweisungen, teilweise durch die Übergabe von Schecks oder direkte Zahlungen an den Vollziehungsbeamten des Beklagten erfolgt waren. Diese Zahlungen wurden von der Schuldnerin vorgenommen, um die Zwangsvollstreckung durch die angewiesene Vollziehungsperson zu verhindern. Gegenstand der rechtlichen Auseinandersetzung war die Frage, ob diese Zahlungen nach § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar sind.

Problematisch war, ob eine anfechtbare Rechtshandlung im Sinne von §§ 129, 133 Abs. 1 InsO vorlag. Dazu führte der BGH aus, dass es grundsätzlich an einer Rechtshandlung des Schuldners fehle, wenn ein Gläubiger Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung erlange. Dies gelte aber nicht generell. Eine im Rahmen einer Zwangsvollstreckung erfolgte Vermögensverlagerung sei jedenfalls dann anfechtbar, wenn zumindest auch eine Rechtshandlung des Schuldners dazu beigetragen habe, selbst wenn diese unter dem Druck oder zur Abwendung der Zwangsvollstreckung erfolgt sei.²⁹¹ Es fehle nur dann an einer willensgeleiteten Schuldnerhandlung, wenn der Schuldner nur noch die Wahl habe, die geforderte Summe zu leisten oder die Vollstreckung durch den bereits anwesenden Gerichtsvollzieher zu dulden.²⁹² Im vorliegenden Fall nahm die Schuldnerin Bargeld aus ihrer Kasse und übergab dieses. Der Vollziehungsperson war die Ingewahr-

²⁸⁸ *Paulus*, BB 2001, 425, 429.

²⁸⁹ *Paulus*, BB 2001, 425, 430.

²⁹⁰ BGH IX ZR 213/09, NJW-RR 2011, 783.

²⁹¹ BGH, NJW-RR 2011, 783, 784, Rn. 10.

²⁹² BGH, NJW-RR 2011, 783, 784, Rn. 10.

sammahme des Geldes grundsätzlich ohne weiteres Zutun des Schuldners möglich. Allerdings hatte der Schuldner Geld von seinem Bankkonto abgehoben und in seine Kasse eingelegt, um den vollstreckenden Gläubiger befriedigen zu können. Zwar bewirke – so der BGH – das Einlegen des Geldes in die Kasse selbst noch keine Gläubigerbenachteiligung, dennoch sei die Bedeutung dieses Vorgangs zu berücksichtigen. Denn dieser Vorgang habe erst die später erfolgte Situation geschaffen, in der die Schuldnerin nur noch die Wahl hatte, zu zahlen oder zu dulden.²⁹³ Zum Zeitpunkt der Vollziehung habe die Schuldnerin zwar keine echte Wahlmöglichkeit mehr gehabt, die Bereitstellung des Geldes in der Kasse wirke jedoch als selbstbestimmte Rechtshandlung der Schuldnerin fort. Insgesamt sei die Leistung daher als Rechtshandlung der Schuldnerin zu qualifizieren.²⁹⁴ Sofern ein Schuldner aktiv eine Vollstreckungsmaßnahme des Gläubigers fördere, könne dies als Rechtshandlung des Schuldners gewertet werden.²⁹⁵ Eine anfechtbare Rechtshandlung komme daher immer in Betracht, wenn der Schuldner die Voraussetzungen für eine erfolgreiche Vollstreckungshandlung schaffe.²⁹⁶ Dieser Umstand sei vorliegend gegeben. Dem Anfechtungsbegehren des Verwalters wurde folglich stattgegeben.

b) Kritik

Dieses Urteil hatte zur Folge, dass die Zwangsvollstreckung auch gegen zahlungswillige Schuldner stets mit kompromissloser Härte durchzuführen war.²⁹⁷ Anderenfalls drohte das Anfechtungsrisiko. Der Einwand aus Teilen der Literatur, der Gerichtsvollzieher sei dahingehend anzuweisen, „den Schuldner beim Öffnen der Tür schnell beiseite zu schieben und irgendetwas wegzunehmen, bevor der Schuldner überhaupt nachdenken kann“,²⁹⁸ wurde zunächst als Polemik abgetan. Nach dem Urteil des BGH hielten diese laut *Jensen* „besser den Mund“. ²⁹⁹ Das Urteil zeigte, dass selbst ein passives Verhalten des Schuldners nicht ausreichend war, um einer Anfechtung zu entgehen. Denn sobald eine willensgerichtete Handlung des Schuldners erkennbar wurde, war eine Anfechtung möglich. Das *Türöffnen* konnte schon ausreichen, obwohl eine selbstbestimmte Handlung des Schuldners fernlag.³⁰⁰ Die Konsequenz dieser Auffassung war, dass Gläubiger die

²⁹³ BGH, NJW-RR 2011, 783, 785, Rn. 11.

²⁹⁴ BGH, NJW-RR 2011, 783, 785, Rn. 12.

²⁹⁵ BGH, NJW-RR 2011, 783, 785, Rn. 12.

²⁹⁶ BGH, NJW-RR 2011, 783, 785, Rn. 12.

²⁹⁷ *Jensen*, NZI 2011, 798.

²⁹⁸ *Rendels*, ZIP 2004, 2085, 2087.

²⁹⁹ *Jensen*, NZI 2011, 798, 799.

³⁰⁰ *Zeuner*, Neue Fragen, S. 74.

Zwangsvollstreckung mit größtmöglicher Brutalität betreiben mussten, um der Vorsatzanfechtung zu entgehen.³⁰¹ Jede Art der Mitwirkung des Schuldners an der Befriedigung musste unmöglich gemacht werden. Dem noch zahlungswilligen, sich bemühenden Schuldner wurde jede Möglichkeit der Pfändungsabwehr genommen. Jeder, der nicht durch eine neun Jahre und neun Monate lange Anfechtungsfrist (die durch die Deckungsanfechtung ohnehin besteht) belastet werden wollte, musste daher mit äußerster Härte und Kompromisslosigkeit gegen seine Schuldner vorgehen – selbst gegen redliche und zahlungswillige Schuldner. Dies musste laut *Jensen* jeden, der auch „nur ein mäßig ausgeprägtes Gefühl für Gerechtigkeit“ hat, empören.³⁰²

4. Zahlung unter Strafdruck

a) Erfüllung einer Geldauflage

Gegenstand einer weiteren Anfechtungsstreitigkeit³⁰³ war die Erfüllung einer Auflage im Rahmen eines Strafverfahrens. Der Schuldner überwies mehrere Raten an die Staatskasse, um die endgültige Einstellung eines eingeleiteten Strafverfahrens zu bewirken. Der Verwalter begehrte die geleisteten Zahlungen im Wege der Insolvenzanfechtung zurück.

b) Entscheidungsgründe

Zunächst lehnte der BGH eine Anfechtung nach den §§ 130, 132, 134 InsO ab und stützte eine Anfechtung auf die Vorsatzanfechtung gem. § 133 Abs. 1 InsO, obwohl sich der klägerische Verwalter nicht auf diese berufen hatte. Nach Ansicht des BGH sei ein Berufen auch nicht erforderlich. Ausreichend sei, dass der Verwalter erkennen lasse, dass er eine Gläubigerbenachteiligung auf Kosten des Anfechtungsgegners wieder ausgleichen wolle.³⁰⁴ Der Schuldner habe seine Zahlungsunfähigkeit gekannt. Typischerweise stelle sich der Schuldner auch die Benachteiligung der übrigen Gläubiger als möglich vor und nehme diese in Kauf, ohne sich von seinem Handeln abhalten zu lassen.³⁰⁵ Dieser Vorsatz werde indes nicht dadurch ausgeschlossen, dass es dem Schuldner allein darauf ankomme, durch die Erfüllung einer Einstellungsauflage einer Bestrafung zu entgehen.³⁰⁶

³⁰¹ *Jensen*, NZI 2011, 789, 799.

³⁰² *Jensen*, NZI 2011, 798, 799.

³⁰³ BGH IX ZR 17/07, NZI 2008, 488.

³⁰⁴ BGH NZI 2008, 488, 489, Rn. 17.

³⁰⁵ BGH, NZI 2008, 488, 489, Rn. 18.

³⁰⁶ BGH, NZI 2008, 488, 489, Rn. 19.

Der Strafdruck stehe dem bedingten Vorsatz der Gläubigerbenachteiligung nicht entgegen. Ebenso verhalte es sich bei der anfechtbaren Abführung von Arbeitnehmerbeiträgen (§ 266 a StGB) an die Einzugsstellen der Sozialversicherungen.³⁰⁷

Des Weiteren setze der Vorsatz laut BGH auch kein unlauteres Zusammenwirken von Gläubiger und Schuldner voraus oder irgendeine Art von Treu- oder Sittenwidrigkeit. Die Staatskasse sei im Falle der Insolvenz nicht vor einer Rückgewähr geschützt, ein solcher Schutz folge auch nicht aus § 153a Abs. 2 Satz 2, Abs. 1 Satz 6 StPO. Sobald das Gericht oder die Staatsanwaltschaft Kenntnis davon habe, dass in den Zahlungen eine anfechtungsrechtlich relevante Gläubigerbenachteiligung liegen könnte, dürfe eine Einstellungsaufgabe von vornherein nicht angeordnet werden.³⁰⁸ Die Folgen einer strafbaren Handlung des Schuldners dürften nicht den Insolvenzgläubigern aufgebürdet werden. Angesichts des § 39 Abs. 1 Nr. 3 InsO wäre es widersprüchlich, nur nachrangige Insolvenzverbindlichkeiten zum Nachteil der Masse vor einer anfechtungsrechtlichen Rückforderung besonders zu schützen.³⁰⁹

Also galt laut BGH: Sofern der Staatsanwaltschaft die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zum maßgeblichen Zeitpunkt bekannt gewesen war, griff auch die Vorsatzanfechtung.

c) Begleichen einer Geldstrafe

In einem anderen Fall³¹⁰ ging es hingegen nicht um die Anfechtung einer Zahlung zur Abwendung eines Strafverfahrens, sondern um die Zahlung einer Geldstrafe, die im vorliegenden Fall aufgrund einer vorsätzlichen Körperverletzung in Höhe von 100 Tagessätzen verhängt wurde. In dem Verfahren gab der Schuldner vor dem Amtsgericht an, mit erheblichen Verbindlichkeiten belastet zu sein und Sozialhilfe zu beziehen. Im Wege der Vorsatzanfechtung verlangte der klägerische Verwalter nunmehr die Rückzahlung der geleisteten Geldstrafe.

d) Entscheidungsgründe BGH IX ZR 280/13

In einem ähnlichen Fall stellte der BGH klar, dass eine Geldstrafe der Insolvenzanfechtung unterliege, sofern die Voraussetzungen für diese gegeben seien. Dabei rechtfertige

³⁰⁷ BGH, NZI 2008, 488, 489, Rn. 19.

³⁰⁸ BGH, NZI 2008, 488, 489, Rn. 20.

³⁰⁹ BGH, NZI 2008, 488, 489 f., Rn. 21.

³¹⁰ BGH IX ZR 280/13, NJW-RR 2014, 1266.

der Strafcharakter keine Sonderbehandlung.³¹¹ Auch hier habe der Schuldner seine Zahlungsunfähigkeit gekannt und die Benachteiligung der Gläubiger im Allgemeinen als Erfolg seiner Rechtshandlung zumindest als mutmaßliche Folge erkannt und billigend in Kauf genommen.³¹² Besonders hervorgehoben wurde dabei von den Gerichten stets, dass der Benachteiligungsvorsatz nicht deshalb entfalle, weil der Schuldner versuche, eine unausweichliche Freiheitsstrafe abzuwenden.³¹³ Denn § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO setze gerade nicht voraus, dass die Gläubigerbenachteiligung der Zweck oder Beweggrund des schuldnerischen Handelns sei.³¹⁴ Der Wortlaut der Norm fordere nicht die Absicht, sondern begnüge sich mit dem Vorsatz des Schuldners. Die billigende Inkaufnahme einer Gläubigerbenachteiligung werde nicht dadurch ausgeschlossen, dass es dem Schuldner allein darauf ankomme, die Vollstreckung einer Ersatzfreiheitsstrafe abzuwehren. Auch hier zieht der BGH in seiner Begründung § 266a StGB heran. Der Strafdruck sei bei der Abführung von Arbeitnehmerbeiträgen typischerweise das Motiv einer gläubigerbenachteiligenden Rechtshandlung. Dieses Motiv stehe dem bedingten Vorsatz nicht entgegen.³¹⁵

Auch der Wunsch des Schuldners, seinen Arbeitsplatz zu erhalten, lasse den Benachteiligungsvorsatz nicht entfallen. Zwar könne der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz ausnahmsweise zu verneinen sein, wenn eine kongruente Leistung Zug um Zug gegen eine zur Fortführung des eigenen Unternehmens unentbehrliche Gegenleistung erbracht worden sei und diese den Gläubigern im Allgemeinen nütze. Die eingetretene Gläubigerbenachteiligung sei dem Schuldner aufgrund der bargeschäftsähnlichen Lage nicht bewusst. Dieses fehlende Bewusstsein liege in dem Wunsch, seinen Arbeitsplatz zu erhalten, aber nicht vor, da es bereits an einer geldwerten Gegenleistung fehle. Lediglich mittelbar finanzielle Vorteile hätten außer Betracht zu bleiben.³¹⁶

Die Voraussetzungen für die Kenntnis des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes seien ebenfalls gegeben.

³¹¹ BGH, NJW-RR 2014, 1266, Rn. 10.

³¹² BGH, NJW-RR 2014, 1266 f., Rn. 17.

³¹³ BGH, NJW-RR 2014, 1266, 1267, Rn. 21.

³¹⁴ BGH, NJW-RR 2014, 1266, 1267, Rn. 22.

³¹⁵ BGH, NJW-RR 2014, 1266, 1267, Rn. 22.

³¹⁶ BGH, NJW-RR 2014, 1266, 1267, Rn. 24.

e) Kritik

Die genannten Urteile beschäftigten sich in ihrem Kern jeweils mit der Frage, *ob* und *wie* sich ein entstandener Strafdruck auf den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners auswirken konnte. Der BGH beantwortete bereits die Frage nach dem *Ob* ablehnend: Ein Benachteiligungsvorsatz entfalle deshalb nicht, weil der Schuldner mit den Zahlungen die Verbüßung einer Freiheitsstrafe abwenden wolle.³¹⁷

Dieses Szenario hätte ebenso in der sogenannten Verbraucherinsolvenz auftreten können. Die bisher ergangenen Urteile bezogen sich, da die Anfechtungsregelungen erst im Sommer 2014 auf die Privatinsolvenz ausgedehnt wurden, bisher nur auf das Regulierungsverfahren.

Der Schuldner wurde durch die Rechtsprechung in ein *Dilemma* geführt.³¹⁸ Zahlte der Schuldner eine Geldstrafe nicht, drohte ihm eine Ersatzfreiheitsstrafe. Zahlte er die Geldstrafe, konnte die Rechtshandlung angefochten werden, sodass die Geldstrafe in die Insolvenzmasse zurückfiel. Dadurch lebte die Forderung gem. § 144 Abs. 1 InsO wieder auf, und dem Schuldner drohte wegen der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe wiederum die Ersatzfreiheitsstrafe nach § 43 StGB.³¹⁹

Durch dieses Ergebnis entstand zudem ein Konflikt mit § 287b InsO. § 287b InsO legt dem Schuldner eine Erwerbsobliegenheit auf. Dieser kann er jedoch nicht nachkommen, wenn er eine Ersatzfreiheitsstrafe verbüßt oder ihm die Verübung von gemeinnütziger Arbeit auferlegt wird. Fraglich dürfte in diesen Fällen jedoch das Vorliegen eines Verschuldens gem. § 290 Abs. 1 Nr. 7 HS. 2 InsO sein.³²⁰

In dem Zusammenspiel von Strafe und Anfechtungsregelung erkennt man ein grundlegendes Spannungsverhältnis: Der Schuldner soll – trotz seiner wirtschaftlichen Krise – weiterhin Teil der Gesellschaft bleiben.³²¹ Durch das entstandene *Dilemma* war ihm dies jedoch nicht möglich. Es blieb nur der Weg in den Freiheitsentzug. Das Recht darauf, die Freiheitsstrafe abzuwehren, wie sie jedem anderen zusteht, sofern er nur solvent ist, wurde dem Schuldner genommen.

³¹⁷ BGH IX ZR 280/13, Rn. 21.

³¹⁸ Rein, NJW-Spezial 2014, 661, 662.

³¹⁹ Rein, NJW-Spezial 2014, 661, 662.

³²⁰ Rein, NJW-Spezial 2014, 661, 662.

³²¹ Vgl. Normzweck § 142 InsO: MünchKomm/Kirchhoff, § 142 InsO, Rn.1.

Im Hinblick auf das grundrechtlich geschützte Recht auf Freiheit der Person, Art. 2 Abs. 1 GG, ist dies bedenklich. Im Ergebnis wurde in dieses Grundrecht zum Schutze der Insolvenzmasse eingegriffen. Es geht daher nicht allein um die Frage, ob der Fiskus zu Lasten der übrigen Gläubiger entgegen dem Gedanken des § 39 InsO privilegiert wurde.

Darüber hinaus zeigte der BGH erneut seine Neigung dazu, den Willen als subjektives Element zu pauschalisieren: Der Wille im Sinne einer billigenden Inkaufnahme der Gläubigerbenachteiligung werde nicht durch einen bloßen Strafdruck beseitigt, selbst wenn es dem Schuldner allein darauf ankäme. Zwar war es nach der BGH-Rechtsprechung möglich, dass ein Gläubigerbenachteiligungsvorsatz im Falle einer bargeschäftsähnlichen Lage entfiel, da die Benachteiligung derart in den Hintergrund trete, dass sie nicht mehr wahrgenommen werde.³²² Dies galt aber nicht für den Strafdruck oder für den mit der Bezahlung einhergehenden Wunsch, seinen Arbeitsplatz zu erhalten. Der Wille des Schuldners hing somit allein von der – wohlbemerkt: objektiven – Beurteilung ab, ob eine geldwerte Gegenleistung erfolgte. Warum sollte die Gleichwertigkeit einer Leistung den Vorsatz ausschließen können, ein enormer Strafdruck hingegen nicht? Die Antwort auf diese Frage, man solle in wirtschaftlichen Rechnungen suchen, kann nicht überzeugen. Denn auch bei einem Strafdruck kann die Gläubigerbenachteiligung derart in den Hintergrund treten, dass sie dem Schuldner nicht mehr bewusst ist.

Auch der Vergleich mit § 266 a StGB vermag nicht vollends zu überzeugen. Richtigerweise wird der Schuldner in der Regel die Arbeitnehmerbeitragsleistungen weiterhin begleichen, um eine Strafbarkeit zu vermeiden. Das Unterlassen der anfechtbaren Handlung ist die strafbare Handlung. Der Schuldner nimmt eine anfechtbare Rechtshandlung vor, um das Erfüllen eines Straftatbestandes zu vermeiden, und nicht, um die Folgen einer bereits eingetretenen Strafbarkeit zu verbüßen. In diesem Fall ging es um die Strafbarkeit selbst, in dem anderen um die Bestrafung. Leistet der Schuldner in den Fällen des § 266a StGB, liegt eine anfechtbare Rechtshandlung vor, jedoch droht dem Schuldner in keiner Weise unmittelbar eine Freiheitsentziehung.

In dem vorangestellten Fall verhielt sich dies anders. Der Schuldner zahlte, um eine Freiheitsentziehung abzuwenden. Durch die Anfechtung drohte ihm die Freiheitsstrafe erneut.

³²² BGH, NZI 2012, 142; BGH, NJW 2014, 1963; BGHZ 202, 59, 73 f.

§ 266a StGB schützt das Interesse der Solidargemeinschaft der Versicherten an der Sicherstellung des nationalen Sozialversicherungsaufkommens sowie in Abs. 3 das Vermögen der betroffenen Arbeitnehmer in einer Krise des Arbeitgebers.³²³ Die Zahlung einer verhängten Geldstrafe verfolgt die rechtspolitischen Ziele der Strafe, die Zahlung zur Einstellung eines Strafverfahrens dient letztlich auch der Entlastung der Strafverfahrensbehörden.³²⁴

Die Zahlungen haben aus Schuldnersicht den Zweck, eine Freiheitsentziehung abzuwenden, bei § 266a StGB soll eine Strafbarkeit überhaupt vermieden werden – hier ist der Strafdruck im Sinne einer feststehenden Freiheitsstrafe nicht gegeben, die tatsächliche Strafandrohung liegt noch fern. Der Strafdruck ist in diesen Fällen daher nicht von einer vergleichbaren Intensität.

Die Intensität der Strafandrohung muss daher stets berücksichtigt werden. Die Berücksichtigung kann wiederum im Rahmen des Vorsatzes erfolgen. Je höher der Strafdruck wirkt, desto eher wird der Schuldner allein aufgrund des Strafdruckes handeln. Dieser Strafdruck bestimmt dann das Handeln und den Willen des Schuldners. XXX

5. Rückzahlung Treuhänderin

a) Tatbestand

In einem Urteil des BGH vom 26. April 2012³²⁵ beehrte der klägerische Verwalter die Rückzahlung von Honorarzahlungen, die von der Schuldnerin an eine Steuerberatungssozietät für deren allgemeine wirtschaftliche und steuerrechtliche Beratungsleistung erbracht wurden. Zudem standen Zahlungen im Fokus, die die Schuldnerin an die beklagte Sozietät überwies, damit diese weisungsgemäß Beitragsrückstände bei verschiedenen Krankenkassen ausgleiche sowie Lohnforderungen von Arbeitnehmern der Schuldnerin nachkomme.

b) Entscheidungsgründe

Eine Anfechtung gem. §§ 130, 131 InsO schied laut BGH aus, da die Beklagte keine Insolvenzgläubigerin, sondern lediglich eine Leistungsmittlerin sei. Wenn der Gläubiger eine Zwischenperson einschalte, die Zuwendungen an Dritte bewirke und damit unmittelbar das den Insolvenzgläubigern zustehende haftende Vermögen vermindere, richte

³²³ MünchKomm/Radtke, § 266a StGB, Rn. 4 ff.

³²⁴ Pfeiffer, StPO, § 53 a, Rn. 1.

³²⁵ BGH, NJW 2012, 1959.

sich die Deckungsanfechtung allein gegen den empfangenden Dritten, wenn es sich erkennbar um eine Leistung des Schuldners handle.³²⁶ Die Deckungsanfechtung finde somit allein gegen den Leistungsempfänger statt.

In Betracht komme daher nur eine Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO wegen einer vorsätzlichen Gläubigerbenachteiligung. Die Überweisung habe eine objektive Gläubigerbenachteiligung im Sinne von § 129 InsO bewirkt, da ein Vermögensabfluss ohne gleichwertige Gegenleistung stattgefunden habe. Der zunächst bestehende Herausgabeanspruch gegen die Beklagte nach §§ 675, 667 BGB sei kein gleichwertiges Surrogat. Die Befriedigungsmöglichkeit der Gläubiger sei somit ungünstig beeinflusst. Die Abgabe von Geldern an einen uneigennütigen Verwaltungstreuhänder sei für die Gläubiger benachteiligend.³²⁷ Die frühere Ansicht, dass eine Gläubigerbenachteiligung in diesem Verhältnis gerade nicht vorliege, da das Treugut weiterhin vorhanden sei und eine Anfechtung im Valutaverhältnis zwischen Schuldner und Zahlungsempfänger erfolgen könne, sei angesichts der Rechtsfolge des § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO nicht mehr stichhaltig.³²⁸ Zwar sei auch weiterhin die Weggabe anfechtbar, diese Anfechtung schließe jedoch nicht die Vorsatzanfechtung gegen einen die Zahlung vermittelnden Verwaltungstreuhänder des Schuldners aus.³²⁹ Der Treuhänder sei nicht schutzwürdig, wenn er Kenntnis vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners habe, welcher sich nicht nur auf die Begründung der Verwaltungstreuhand beschränke, sondern auch eine Massekürzung durch mittelbare Zuwendungen an bestimmte Gläubiger einschließe. Der Treuhänder müsse sich diese Gläubigerbenachteiligung deshalb zurechnen lassen. Er hafte gesamtschuldnerisch neben dem Empfänger der Zuwendung.³³⁰ Die Schuldnerin habe vorliegend ihre Zahlungsunfähigkeit gekannt. Insofern habe sie mit einem Gläubigerbenachteiligungsvorsatz gehandelt. Auch der Beklagte habe erkennen müssen, dass der Gesamtplan der Schuldnerin, wonach bestimmte Gläubiger bevorzugt werden sollten, andere benachteiligen wollte.³³¹ Werde der Anfechtungsgegner hingegen als reine Zahlstelle tätig, sei der Leistungsmittler also nur in einer technischen Funktion beteiligt, könne die subjektive Voraussetzung entfallen. Falls sich die Aufgabe jedoch nicht in der allgemein geschuldeten Dienstleistung einer Zahlstelle erschöpfe, sondern ein aktives Tätigwerden im Eigen-

³²⁶ BGH, NJW 2012, 1959, Rn. 9.

³²⁷ BGH, NJW 2012, 1959, 1960, Rn. 12.

³²⁸ BGH, NJW 2012, 1959, 1960, Rn. 13.

³²⁹ BGH, NJW 2012, 1959, 1960, Rn. 14.

³³⁰ BGH, NJW 2012, 1959, 1960, Rn. 15.

³³¹ BGH, NJW 2012, 1959, 1960 f., Rn. 18 f.

der Fremdinteresse erfolge, könnten aus dieser Mitwirkung in Verbindung mit der Kenntnis des Benachteiligungsvorsatzes die subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung bejaht werden.³³² Dabei sei zu beachten, inwiefern der Zahlungsmittler in seiner Funktion als Zahlungsstelle verpflichtet sei, Zahlungsaufträge durchzuführen, wie es etwa bei Banken der Fall sein könne. Der Leistungsmittler kenne den Vorsatz des Schuldners, wenn er über dessen Zahlungsunfähigkeit unterrichtet und in die Verfolgung von Sonderinteressen eingebunden sei. In diesem Fall sei die Leistungsmittlerin keine reine Zahlstelle.³³³ Ein solch *kollusives* Zusammenwirken habe bereits der historische Gesetzgeber in die Vorsatzanfechtung einbezogen.³³⁴ Angesichts der Rechtsfolge in § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO hafte der Treuhänder auf Wertersatz in vollem Umfang.

c) Kritik

Dieses Urteil zeigte die erheblichen Haftungs- und Anfechtungsrisiken bei Unternehmenssanierungen.³³⁵ Treuhänder, die in der Krise des Treugebers weisungsgemäß das Treugut an Dritte weitergeleitet hatten, liefen Gefahr, beim Scheitern der Sanierungsbemühungen in Höhe des Treugutes zu haften. Zwar verblieb dem Treuhänder die Möglichkeit, sich im Innenverhältnis an den Leistungsempfänger zu wenden, das Risiko eines Zahlungsausfalles verlagerte sich dennoch auf ihn. Der Leistungsempfänger haftete zudem allein nach § 130, 131 InsO, da dieser nicht in die angestrebte Gläubigerbenachteiligung eingebunden war. Der Leistungsempfänger haftete demnach nur in einer verhältnismäßig kurzen Zeitspanne von drei Monaten, während der Treuhänder in einem Zeitraum von zehn Jahren in Anspruch genommen werden konnte. Dadurch konnte der Insolvenzverwalter in einem langen Zeitraum einen leistungsfähigen Anfechtungsgegner gewinnen.³³⁶ Dass eine Anfechtung gegenüber dem Treuhänder möglich war, selbst wenn die Anfechtung nicht gegen den Leistungsempfänger durchgriff, bestätigte der BGH in einem Urteil vom 24. Januar 2013. In der Praxis war dem Treuhänder daher davon abzuraten, Zahlungen der späteren Schuldnerin zu veranlassen und entsprechende Überweisungen anzunehmen. Dies galt auch wenn die Schuldnerin damit – beispielsweise – weiterhin eine fristgerechte Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen sicherstellen wollte, um einer Strafbarkeit wegen Nichtabführens von Sozialversicherungsbeiträgen zu entgehen.³³⁷

³³² BGH, NJW 2012, 1959, 1961, Rn. 21.

³³³ BGH, NJW 2012, 1959, 1962, Rn. 26.

³³⁴ BGH, NJW 2012, 1959, 1962, Rn. 26.

³³⁵ *Fuhst*, DSStR 2013, 782.

³³⁶ *Fuhst*, DSStR 2013, 782, 783.

³³⁷ *Fuhst*, DSStR 2013, 782, 783.

6. Die kontoführende Bank als Zahlungsmittlerin

a) Tatbestand

In seinem Urteil vom 13. Juni 2013 beschäftigte sich der BGH³³⁸ mit der Anfechtung gegenüber einer kontoführenden Bank.

Der klägerische Insolvenzverwalter nahm die beklagte Bank im Wege der Insolvenzanfechtung auf Rückgewähr von überwiesenen Geldbeträgen in Anspruch. Die Bank hatte die Geldbeträge im Rahmen einer Cash-Pool-Vereinbarung von dem Konto der Schuldnerin abgebucht. Das Zielkonto gehörte der Muttergesellschaft der Schuldnerin. Im Zuge des Cash-Pool-Verfahrens wurden fortlaufend Beträge von dem Konto der Schuldnerin zu Gunsten des Zielkontos überwiesen. Dadurch wurde erreicht, dass die Konten der Schuldnerin und der Muttergesellschaft am Anfang und am Ende eines jeden Tages einen Saldo von Null Euro aufwiesen.

b) Entscheidungsgründe

Der BGH lehnte das Zahlungsbegehren des Verwalters ab. Aus der Umbuchung des Guthabens vom Konto der Schuldnerin auf das Zielkonto ergebe sich kein Rückzahlungsanspruch. Anfechtungsrechte gegen die Bank seien nicht gegeben, da diese lediglich als Zahlungsmittlerin tätig wurde. Durch die Umbuchungen habe die Bank weder eine Sicherung noch die Befriedigung einer Insolvenzforderung erhalten. Daher sei die Bank keine Insolvenzgläubigerin, eine Deckungsanfechtung scheide folglich aus. Denn diese richte sich allein gegen den empfangenden Dritten, wenn es sich für diesen erkennbar um eine schuldnerische Leistung handle.³³⁹

Zudem lägen die Voraussetzungen nach § 133 InsO nicht vor. Zwar habe die Beklagte Kenntnis von den Umständen gehabt, die zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin deuteten. Im Allgemeinen stelle dies auch ein gewichtiges Beweisanzeichen für die Kenntnis des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes dar. Die Bank sei jedoch nicht berechtigt, die Ausführung von Zahlungsaufträgen zu verweigern, sofern der Schuldner weiterhin verpflichtungs- und verfügungsbefugt bleibe. Gem. § 675 o II BGB dürfe die Ausführung von Zahlungsaufträgen nicht abgelehnt werden. Daher müsse die Bank die

³³⁸ BGH IX ZR 259/12, NZI 2013, 896.

³³⁹ BGH, NZI 2013, 896, 897, Rn. 21.

Überweisungen vornehmen.³⁴⁰ Die Schuldnerbank werde als Zahlstelle lediglich zahlungstechnisch tätig. Zudem handle es sich um die Abwicklung eines alltäglichen Geschäftsvorgangs, bei dem ein Gläubigerbenachteiligungsvorsatz für die Bank regelmäßig nicht bestehe. Die Kenntnis des Vorsatzes im Sinne von § 133 InsO könne erst dann angenommen werden, wenn die Bank nicht nur über die Zahlungsunfähigkeit unterrichtet, sondern im Zuge der Verfolgung eigener Interessen in eine vom Schuldner angestrebte Gläubigerbenachteiligung eingebunden sei.³⁴¹

c) Kritik

In dieser Entscheidung stellte der BGH qualifizierte Anforderungen an die Kenntnis des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes. Er wich zu Gunsten der Bank von seiner bisherigen Auslegung von § 133 InsO ab. Anfechtungen gegenüber Banken wurden bei zahlungstechnischen Alltagsgeschäften eingeschränkt.³⁴²

Zur Begründung seines Ergebnisses musste der Senat weit ausholen. Er musste den Sachverhalt von einer anderen Entscheidung abgrenzen.³⁴³ In der unter D.I.5.a. dargestellten Entscheidung des BGH richtete sich die Anfechtung gegen einen uneigennütigen Treuhänder. Auch der Treuhänder fungierte als Zahlungsmittler, dennoch bejahte der BGH die Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung. Schon in dieser Entscheidung ließ der BGH erkennen, dass dies bei einer zahlungsmittelnden Bank anders zu bewerten sei. Gleichzeitig hielt er sich aber auch eine Anfechtbarkeit offen. Es seien anfechtungsrelevante Konstellationen denkbar, etwa wenn die Zahlungsmittlerin im Zuge der Verfolgung eigener Interessen in eine vom Schuldner angestrebte Gläubigerbenachteiligung eingebunden sei.³⁴⁴ Dies gelte etwa dann, wenn eine Bank bei unzureichender Deckung, ohne sich mit dem Schuldner ins Benehmen zu setzen, lediglich einzelne Zahlungsaufträge an von ihr bevorzugte Empfänger zum Zwecke einer selektiven Befriedigung ausführe. Erst dann schalte sich die Bank mit einem eigenen Benachteiligungswillen in die Zahlungsabläufe ein.

Im Gegensatz zum Treuhänder wurde folglich eine umfangreichere Kenntnis gefordert. Um ein Zusammenwirken annehmen zu können, musste die Bank eine selbstständige Ent-

³⁴⁰ BGH, NZI 2013, 896, 897, Rn. 24.

³⁴¹ BGH, NZI 2013, 896, 897, Rn. 25.

³⁴² Plathner/Luttmann, Anmerkung, NZI 2013, 898, 899.

³⁴³ BGH, NJW 2012, 1959; Kritisiert von: *De Bra*, LMK 2013, 353031.

³⁴⁴ BGH, NZI 2013, 896, 897.

scheidung treffen, da ein Handeln allein aufgrund einer Anweisung nicht ausreichte. Inwiefern die Unterscheidung zwischen Banken und Treuhändern zutreffend ist, ist fraglich³⁴⁵. Denn auch der Treuhänder kann sich einer Zahlungsanweisung ebenso wenig entziehen wie ein Kreditinstitut, da auch er vertraglich gebunden ist. Somit liegt hier m. E. eine Privilegierung der Banken vor ohne zwingende Argumente.

Hervorzuheben ist zudem eine weitere Argumentation des BGH: Obwohl bei Kenntnis der Umstände, die auf eine Zahlungsunfähigkeit des Schuldners schließen lassen, grundsätzlich eine Kenntnis im Sinne von § 133 InsO vorliege, ist dies nicht der Fall, wenn es sich um die Abwicklung eines alltäglichen Geschäftsvorgangs handle. Oftmals standen aber gerade alltägliche Handlungen im Fokus der Vorsatzanfechtung. Im Wirtschaftsverkehr erfolgen regelmäßig Handlungen im Zuge eines alltäglichen Geschäftsvorganges, bei denen sich der spätere Anfechtungsgegner keine weiteren Gedanken über eine mögliche Gläubigerbenachteiligung macht. Liefern Lieferanten Waren aus, so stellt dies einen alltäglichen Geschäftsvorgang für diese dar. Dennoch wurde an ihre Kenntnis keine qualifizierte Anforderung gestellt. Ihnen wurde vom BGH ein *gedankliches Mitbewusstsein* zugeschrieben, wodurch eine Gläubigerbenachteiligung allgegenwärtig wurde. Die Geschäftspartner des Schuldners hätten es zwar begrüßt, wenn die bankenfreundliche Auslegung des BGH auch für sie gegolten hätte. Eine Ausweitung auf den breiten Geschäftsverkehr erfolgte jedoch nicht.

7. Die Rechtsprechung des BAG

a) Rückzahlung von Lohnzahlungen

Der Kläger im folgenden Fall war der Verwalter der insolventen Schuldnerin. Im Prozess³⁴⁶ stritten die Parteien über die Verpflichtung des Beklagten zur Rückzahlung von Arbeitsvergütung aufgrund einer Insolvenzanfechtung.

Der Schuldner betrieb ein Bauunternehmen für Elektroanlagen mit ca. 40 Arbeitnehmern. Der Beklagte war bei ihm von 1994 bis zum August 2004 als Elektromonteur beschäftigt. Ab Oktober 2003 geriet der Schuldner mit den Lohn- und Gehaltszahlungen zunehmend in Rückstand. Spätestens ab Mai 2004 war der Schuldner zahlungsunfähig. Die Lokalpresse berichtete im Juni 2004 über eine Auseinandersetzung des Schuldners mit einer Stiftung, für die der Schuldner anlässlich eines Krankenhausneubaus Aufträge ausgeführt

³⁴⁵ De Bra, LMK 2013, 353031.

³⁴⁶ BAG 6 AZR 732/10, Urteil vom 06.10.2011, AP InsO § 130 Nr. 5.

hatte, wobei die Stiftung von ihm wegen Überschreitung der Bauzeit Schadensersatz i. H. v. ca. einer Million Euro verlangte. Der Beklagte erhielt seinen Lohn regelmäßig verzögert, so erhielt er beispielsweise im April 2004 den Lohn für November 2003. Auch die Zahlung der Arbeitsvergütung an weitere Arbeitnehmer erfolgte verzögert.

Fraglich war, ob die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO vorlagen, insbesondere, ob der beklagte Arbeitnehmer Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung hatte.

Zunächst stellte das BAG fest, dass die Regelungen in § 130 und § 133 InsO uneingeschränkt auch für Anfechtungsklagen gegen Lohnzahlungen des Arbeitgebers an Arbeitnehmer in der Krise gelten.³⁴⁷

Das BAG wiederholte zudem die vom BGH gestellten Anforderungen: Gemäß § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO werde die Kenntnis einer Gläubigerbenachteiligung vermutet, wenn der andere Teil wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohe und dass die Handlung die Gläubiger benachteilige. Der Schuldner drohe zahlungsunfähig zu werden, wenn er voraussichtlich nicht in der Lage sein werde, die bestehenden Zahlungspflichten zum Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen (§ 18 Abs. 2 InsO). Der Kenntnis der drohenden Zahlungsunfähigkeit stehe auch im Rahmen des § 133 Abs. 1 InsO die Kenntnis von Umständen gleich, die zwingend auf eine drohende oder bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit des Schuldners hinweisen.³⁴⁸ Die subjektiven Tatbestandsmerkmale der Vorsatzanfechtung, bei denen es sich um innere, dem Beweis nur eingeschränkt zugängliche Tatsachen handle, könnten dem BAG zufolge regelmäßig nur mittelbar aus objektiven Tatsachen hergeleitet werden. Zu beachten sei aber, dass solche Tatsachen nicht allzu gewichtige Beweisanzeichen darstellten, die eine Gesamtwürdigung nicht entbehrlich machten und nicht schematisch im Sinne einer vom anderen Teil zu widerlegenden Vermutung interpretiert werden dürften.³⁴⁹ Die Beurteilung des Vorliegens einer Kenntnis obliege dabei der freien Beweiswürdigung durch den Tatrichter. Die allgemeinen zivilrechtlichen prozessualen Grundsätze seien auch im Anfechtungsprozess heranzuziehen.³⁵⁰

Nicht zu beanstanden sei die Würdigung der Umstände durch die Vorinstanzen, wonach der Beklagte weder wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte bzw.

³⁴⁷ BAG, AP InsO § 130 Nr. 5, Rn. 11.

³⁴⁸ BAG, AP InsO § 130 Nr. 5, Rn. 41.

³⁴⁹ BAG, AP InsO § 130 Nr. 5, Rn. 41.

³⁵⁰ BAG, AP InsO § 130 Nr. 5, Rn. 41.

bereits eingetreten war, noch Kenntnis von Umständen hatte, die zwingend auf eine drohende oder bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit des Schuldners hingewiesen hätten. Die Bewertung, dass die Kenntnis des Beklagten von der zeitlichen Dauer und der Höhe der eigenen Lohnrückstände sowie seine Kenntnis von Gehalts- und Lohnrückständen gegenüber einem Großteil der anderen Arbeitnehmer keine ausreichenden Indizien für die Kenntnis der drohenden Zahlungsunfähigkeit darstellten, lasse keinen Rechtsfehler erkennen, zumal der Beklagte keine Kenntnis von den rückständigen Sozialversicherungsbeiträgen gehabt habe und weiterhin seine Auslöse und seine Kostenerstattung erhalten habe.³⁵¹ Auch die Auskunft des Schuldners, er bemühe sich um die Einräumung neuer Kredite und forcieren die Forderungseinbringung, sowie die Behauptung, dass in Folge der Nichteinbringung umfangreicher Zahlungsforderungen keine Mittel mehr zur Realisierung eigener Zahlungsverpflichtungen zum Fälligkeitstermin vorhanden seien, begründe keine entsprechende Kenntnis des Beklagten.³⁵² Eine Anfechtung gem. § 133 Abs. 1 InsO scheide daher aus. Ebenso habe eine Anfechtung nach § 130 Abs. 1 InsO keinen Erfolg. Das Zahlungsbegehren des klagenden Verwalters wurde daher abgewiesen.

Dieses Urteil zeigt, dass es in der Arbeitsgerichtsbarkeit durchaus konträre Rechtsauffassungen zur Beweiskettenregel der BGH-Rechtsprechung gab.³⁵³ Die Schwelle der Kenntnis des Arbeitnehmers wurde vom BAG sehr hoch gesetzt. Hätte man den Sachverhalt nach den Maßgaben des BGH beurteilt, hätte das Ergebnis folgendermaßen gelautet: Die Klage ist erfolgreich. Der Arbeitnehmer müsste die geforderte Summe an den Insolvenzverwalter zahlen. Die Kenntnis des Arbeitgebers davon, dass Gehaltszahlungen bei ihm und den Kollegen ausgeblieben waren oder verringert erfolgten, hätte die Kenntnis eines Benachteiligungsvorsatzes begründet. Das Ausbleiben von Zahlungen hätte ebenso ein Indiz für eine Zahlungsunfähigkeit dargestellt und zu einer Vermutung der Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung geführt.

³⁵¹ BAG, AP InsO § 130 Nr. 5, Rn. 42.

³⁵² BAG, AP InsO § 130 Nr. 5, Rn. 42.

³⁵³ *Priebe*, ZInsO 2012, 1589, 1598.

Dem Urteil des BAG lag freilich eine arbeitnehmerschützende Argumentation zugrunde, und zudem der rechtspolitische Wunsch, Insolvenzanfechtungen gegenüber Arbeitnehmern zu unterbinden.³⁵⁴ Das BAG ließ sich in diesem Fall also von einem sozialpolitischen Schutzgedanken leiten.³⁵⁵

b) Im Wege des Bargeschäfts erfolgte Lohnzahlungen

Eine solche Tendenz zur rechtlichen Durchsetzung sozialpolitischer Ziele wurde durch ein Urteil³⁵⁶ vom 29. Oktober 2014 bestärkt. Auch in diesem Fall war der Streit über die Rückzahlung von Arbeitsentgelt zur Insolvenzmasse aufgrund einer Vorsatzanfechtung gegenständlich. Vorliegend wurden die Nettogehaltszahlungen jedoch zu ihrem jeweiligen Fälligkeitszeitpunkt vorgenommen und stellten somit nach Ansicht des BAG ein Bargeschäft im Sinne von § 142 InsO a.F. dar. Die Ausnahmegvorschrift in § 142 InsO beruhe auf der Erkenntnis, dass es bei einem zeitnahen Austausch gleichwertiger Leistungen an einer objektiven Gläubigerbenachteiligung fehle.³⁵⁷ Durch diese Ausnahmegvorschrift solle dem Schuldner ermöglicht werden, in seiner wirtschaftlichen Krise noch wertäquivalente Rechtsgeschäfte, die somit keine unmittelbare Benachteiligung darstellen, anfechtungsfrei abzuwickeln. Es müsse möglich sein, die vom Schuldner versprochene, ihm obliegende Gegenleistung anfechtungsfrei zu erbringen. Unanfechtbar geschlossene Rechtsgeschäfte müssten erfüllbar bleiben.³⁵⁸ Voraussetzung für das Eingreifen von § 142 InsO sei, dass die Leistung mit einer gleichwertigen Gegenleistung in einem engen zeitlichen Zusammenhang steht.³⁵⁹ Im Rahmen von Zahlungen von Arbeitsentgelt sei dies gegeben, wenn das Arbeitsentgelt für Arbeitsleistungen gezahlt wird, die in den vorhergehenden drei Monaten erbracht wurden.³⁶⁰ Die streitgegenständlichen Zahlungen wären als arbeitsvertraglich geschuldete Entgelte aus einem vor der Krise geschlossenen Vertrag erfolgt und zum Fälligkeitszeitpunkt, zum Beginn des Folgemonats und somit in einem unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang, ausgezahlt worden.³⁶¹ Eine Anfechtung komme folglich nur nach § 133 Abs.1 InsO in Betracht.

Fraglich war auch in diesem Urteil, ob die subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung erfüllt waren. Das BAG wies auf die vom BGH entwickelten Indizien hin, die

³⁵⁴ *Priebe*, ZInsO 2012, 1589, 1598.

³⁵⁵ *Priebe*, ZInsO 2012, 1589, 1598.

³⁵⁶ BAG 6 AZR 345/12, NZI 2014, 372.

³⁵⁷ BAG, NZI 2014, 372, 376, Rn. 47.

³⁵⁸ BAG, NZI 2014, 372, 376, Rn. 47.

³⁵⁹ BAG, NZI 2014, 372, 376, Rn. 48.

³⁶⁰ BAG, NZI 2014, 372, 376, Rn. 49.

³⁶¹ BAG, NZI 2014, 372, 376, Rn. 53.

auch bei einer kongruenten Deckung heranzuziehen seien. Demnach schien es zu genügen, dass der Schuldner und der Anfechtungsgegner die drohende Zahlungsunfähigkeit kannten. Es komme insbesondere auf die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit an. Dies führe zu weiteren Vermutungen. Dreh- und Angelpunkt der Vorsatzanfechtung sei somit die Kenntnis der drohenden Zahlungsunfähigkeit.³⁶² Der beklagte Arbeitnehmer hatte vorliegend (nach seinem eigenen Vortrag) Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit. Die subjektiven Voraussetzungen seien dennoch nicht immer zu bejahen, wenn die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit gegeben ist. Vielmehr müsse dieses Indiz einzelfallbezogen auf seine Beweiskraft hin geprüft werden.³⁶³ Ein pauschales und stereotypes Anknüpfen der subjektiven Anforderungen an das Beweisanzeichen der Zahlungsunfähigkeit werde weder dem Wesen des Rückschlusses auf die subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung aus Indizien gerecht noch dem Normzweck des § 133 InsO, wenn arbeitsvertragliche Entgeltansprüche im Wege des Bargeschäfts erfüllt würden. Vielmehr müsse eine Gesamtbetrachtung erfolgen.³⁶⁴ Denn allein die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit begründe keine gesetzliche Vermutung im Sinne des § 292 ZPO, sondern nur ein entwickeltes Beweisanzeichen, welches – wie jedes andere Beweisanzeichen auch – entkräftet werden könne.³⁶⁵ Auch bei Zahlungen, die trotz dieser Kenntnis erfolgten, könne es an einem Benachteiligungsvorsatz fehlen. Insbesondere im Rahmen eines Bargeschäfts oder in einer bargeschäftsähnlichen Lage sei darauf zu achten, dass die Vorsatzanfechtung nicht über ihren Normzweck hinaus ausgedehnt werde, zudem müsse dem vom Gesetzgeber beabsichtigten Stufenverhältnis Rechnung getragen werden.³⁶⁶

Das BAG wies auf die unterschiedlichen Schutzzwecke des § 133 Abs. 1 InsO und der §§ 130-132 InsO hin. Die §§ 130-132 InsO dienten dem Schutz der Gläubigersamtheit sowie der Pflicht zur wechselseitigen Rücksichtnahme und gäben somit dem Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz Vorrang vor dem Prioritätsprinzip.³⁶⁷ Demgegenüber missbillige § 133 InsO bestimmte Verhaltensweisen des Schuldners, in denen dessen Wille zum Ausdruck komme, den Anfechtungsgegner zum Nachteil anderer Gläubiger zu bevorzugen. Nur wer diesen Vorsatz kenne, unterliege der Anfechtung.³⁶⁸ § 133 Abs. I InsO

³⁶² BAG, NZI 2014, 372, 377, Rn. 61.

³⁶³ BAG, NZI 2014, 372, 378, Rn. 73.

³⁶⁴ BAG, NZI 2014, 372, 378, Rn. 75.

³⁶⁵ BAG, NZI 2014, 372, 378, Rn. 76.

³⁶⁶ BAG, NZI 2014, 372, 379, Rn. 79.

³⁶⁷ BAG, NZI 2014, 372, 379, Rn. 81.

³⁶⁸ BAG, NZI 2014, 372, 379, Rn. 82.

dürfe daher nicht dazu führen, dass die Vorsatzanfechtung an den Tatbeständen der Deckungsanfechtung vorbeiziehe und das gesetzlich bestimmte Stufenverhältnis zwischen der Anfechtung kongruenter Deckungen nach § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO und § 133 Abs. 1 InsO verloren gehe und § 142 InsO dadurch ins Leere laufe.³⁶⁹ Daher sei insbesondere im Rahmen eines Bargeschäftes zu prüfen, ob tatsächlich ein Gläubigerbenachteiligungsvorsatz vorliege und der Anfechtungsgegner von diesem Kenntnis habe.³⁷⁰ Den Parteien sei es allein auf die Erfüllung ihrer Vertragspflicht angekommen, wobei sie allein die Gleichwertigkeit der ausgetauschten Leistung vor Augen gehabt hätten. Erfolge die Entgeltzahlung im Wege des Bargeschäftes, könne sich aufgrund der Kenntnis der eigenen Zahlungsunfähigkeit der Wille des Abreitgebers darin erschöpfen, eine gleichwertige Gegenleistung für die Arbeitsleistung zu erbringen, die zur Fortführung des Unternehmens nötig sei und damit auch den Gläubigern nützen könne, sodass ihm eine mit der Zahlung verbundene mittelbare Gläubigerbenachteiligung nicht bewusst geworden sei.³⁷¹ Die Kenntnis des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes sei hier nicht gegeben. Allgemein spreche vieles dafür, dass ein Arbeitnehmer davon ausgehe und ausgehen dürfe, dass er nur das bekomme, was ihm zustehe, und dass er die Erfüllung des Entgeltanspruchs daher auch nicht als gläubigerbenachteiligend ansehe, wenn die Entgeltleistung im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses in einem engen zeitlichen Zusammenhang mit einer gleichwertigen Gegenleistung erbracht werde. Weder der Schuldner, noch der Anfechtungsgegner hätten ein von § 133 InsO missbilligtes Verhalten gezeigt, die Beklagte sei nicht zum Nachteil anderer bevorzugt worden. Es liege daher kein Fall von § 133 Abs. 1 InsO vor. Zudem würde es dem Normzweck von § 133 Abs. 1 InsO nicht entsprechen, wenn durch die Anfechtung gegenüber Arbeitnehmern kein erlangter Sondervorteil rückgängig gemacht würde, sondern von einem Arbeitnehmer, der keine adäquate Handlungsalternative habe, als seine Arbeitsleistung weiter zu erbringen, ein Sonderopfer verlangt werde.³⁷²

Daher lehnte das BAG eine Anfechtung ab.

Zudem warf das BAG eine weitere Frage auf, nämlich die nach der Verfassungskonformität des Anfechtungsrechtes im Arbeitsrecht, ohne sie jedoch zu beantworten. Dennoch lässt sich aus der tiefgehenden Argumentation eine Tendenz des BAG erkennen. Das Ge-

³⁶⁹ BAG, NZI 2014, 372, 379, Rn. 83.

³⁷⁰ BAG, NZI 2014, 372, 379, Rn. 84.

³⁷¹ BAG, NZI 2014, 372, 380, Rn. 89.

³⁷² BAG, NZI 2014, 372, 381, Rn. 98.

richt erwog in Fällen kongruenter Deckung, im Wege einer verfassungskonformen Auslegung der §§ 129 ff InsO das im Arbeitsentgelt erhaltene Existenzminimum anfechtungsfrei zu stellen.³⁷³ Durch die Abschaffung des Arbeitnehmerprivilegs des § 59 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a KO könne der Gesetzgeber das aus Art. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG folgende Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums nicht hinreichend berücksichtigt haben.³⁷⁴ Auch das Insolvenzrecht müsse sich schließlich an den Vorgaben der Verfassung messen lassen.³⁷⁵ Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums sei unverfügbar, es beinhalte nicht nur den Anspruch gegen den Staat auf eine materielle Leistung zur Sicherung des Existenzminimums, sondern stehe auch in Wechselwirkung mit Art. 12 und Art. 14 Abs. 1 GG. Es gewährleiste in diesem Wechselspiel das Recht auf persönliche Entfaltung im vermögensrechtlichen und im beruflichen Bereich und verbiete dem Staat somit auch, auf den Kernbestand des selbst erzielten Einkommens des Grundrechtsträgers zuzugreifen. Deshalb sei beispielsweise ein Steuerfreibetrag zu belassen.³⁷⁶ Der Staat müsse daher Mindestvoraussetzungen schaffen, die für ein menschenwürdiges Dasein benötigt werden.³⁷⁷ Dies gelte folglich nicht nur bei der Festsetzung der Einkommenssteuer, sondern auch bei der Regelung des Gläubiger-Schuldner-Verhältnisses. Der staatliche Zwangsapparat dürfe nicht genutzt werden, um dem Einzelnen Teile seines Einkommens zu entziehen, die zur Sicherung des Existenzminimums erforderlich sind.³⁷⁸ Im Rahmen der Zwangsvollstreckung sei diese Sicherung durch die Pfändungsfreigrenzen gewährleistet. Diese Regelungen fänden in der Insolvenzordnung aber nur insofern Anwendung, als dem Schuldner entsprechende Bezüge zu belassen seien. Die verfassungsrechtlichen Erwägungen fänden daher zwar auch in der Insolvenzordnung Anwendung, griffen jedoch nicht gegenüber dem Anfechtungsgegner. Hier ließen die §§ 129 ff. InsO einen rückwirkenden Zugriff durch die Anfechtung innerhalb des erfassten Zeitraums uneingeschränkt zu.³⁷⁹ Dadurch werde dem Arbeitnehmer nachträglich der zur Absicherung des Existenzminimums erforderliche, durch eigene Arbeitsleistung verdiente Betrag entzogen. Gegebenenfalls müsse er dann sein aktuelles Gehalt einsetzen, welches ihn eigentlich absi-

³⁷³ BAG, NZI 2014, 372, 373, Rn. 15.

³⁷⁴ BAG, NZI 2014, 372, 373, Rn. 17.

³⁷⁵ BAG, NZI 2014, 372, 373, Rn. 18.

³⁷⁶ BAG, NZI 2014, 372, 373, Rn. 19.

³⁷⁷ BAG, NZI 2014, 372, 373, Rn. 19.

³⁷⁸ BAG, NZI 2014, 372, 373, Rn. 20.

³⁷⁹ BAG, NZI 2014, 372, 373 f., Rn. 24, 25.

chern sollte, ohne auf Rücklagen zurückgreifen zu können. Dies würde auch nicht ausreichend durch Leistungen des Staates, die das Existenzminimum sichern sollen, kompensiert – weder der Insolvenzgeldanspruch (§§ 165 ff. SGB III) noch das Arbeitslosengeld oder die Sozialhilfe könnten einen lückenlosen Schutz bieten.³⁸⁰ Der Arbeitnehmer könne sich auch nicht im Vorhinein absichern, er habe weder ein Zurückbehaltungsrecht noch das Recht zur außerordentlichen Kündigung, würde er dennoch kündigen, würde sich der Arbeitnehmer vertragsbrüchig verhalten und wäre Schadensersatzansprüchen ausgesetzt. Der Arbeitnehmer sei daher nicht nur vertraglich verpflichtet, sondern auch praktisch gezwungen, seine Arbeitsleistung weiterhin zu erbringen. Er sei dem Anfechtungsrisiko daher letztlich schutzlos ausgesetzt.³⁸¹

Diese Gesamtsituation könne eine verfassungskonforme Auslegung der §§ 129 ff. InsO erfordern, um den verfassungsrechtlich gebotenen Schutz des Existenzminimums effektiv zu gewährleisten.³⁸²

In dieser Argumentationstiefe erkennt man, zu welcher Entscheidung das BAG tendieren würde, wenn es auf die Klärung dieser Frage ankäme.³⁸³

Das BAG zeigte, dass es den Schutz der Arbeitnehmer und damit einer bestimmten Gläubigergruppe im Fokus hatte. Obwohl durch die Kenntnis des Anfechtungsgegners von der Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin der Weg zur Annahme der Vorsatzanfechtung nach der BGH-Rechtsprechung offen war, beschritt das BAG diesen Weg nicht. Eine solche Kenntnis reichte dem BAG nicht aus, insbesondere wurde nach dessen Ansicht ein schematischer Schluss aus der bloßen Kenntnis beim Vorliegen eines Bargeschäftes dem Schutzzweck von § 133 InsO nicht gerecht.³⁸⁴ Zudem verwies das BAG auf das Stufenverhältnis zwischen § 130 Abs. 1 Nr. 1 und § 133 Abs. 1 InsO und nahm eine klare Differenzierung bei der Würdigung der Beweisanzeichen vor, welche beim BGH unterblieb.³⁸⁵

Die Position des BAG ist zu begrüßen. Richtigerweise berücksichtigte das BAG die Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers und dessen garantiertes Existenzminimums. Zutreffend beschrieb das BAG, in welches Dilemma der Arbeitnehmer geraten konnte. Es sei dem Arbeitnehmer gerade nicht möglich, seine Arbeitsleistung aufzugeben. Nehme er

³⁸⁰ BAG, NZI 2014, 372, 373 ff., Rn. 25, 29, 35, 36.

³⁸¹ BAG, NZI 2014, 372, 375, Rn. 40.

³⁸² BAG, NZI 2014, 372, 375, Rn. 44.

³⁸³ Lütcke, NZI 2004, 350, 351.

³⁸⁴ Lütcke, NZI 2004, 350, 352.

³⁸⁵ Lütcke, NZI 2014, 350, 352.

seinen verdienten Lohn an, könnte die Anfechtung nach § 133 InsO zu einer Rückzahlung zwingen. Im Zweifel ist der Arbeitnehmer aber auf seinen Lohn angewiesen, um seine Existenz zu sichern. Diese sozialadäquaten Ziele dominieren regelmäßig derart stark seinen Willen, dass er eine Gläubigerbenachteiligung nicht mehr billigend in Kauf nimmt. Nach der hier vertretenen Ansicht ist dem Arbeitnehmer daher in der Regel schon kein Benachteiligungsvorsatz vorzuwerfen.³⁸⁶

II. Kritik aus der Wirtschaft

1. Gemeinsames Positionspapier von BGA, BDB, BDEW, BDS AG, BvCM, bvdM, EFET, t+m und BDL

In einem gemeinsamen Positionspapier forderten folgende Interessenverbände eine Korrektur der Insolvenzanfechtung nach §§ 133, 142 InsO a.F.: Der Bundesverband Außenhandel, Dienstleistungen e.V. (BGA), der Bundesverband Deutscher Baustoff-Fachhandel e.V. (BDB), der Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft (BDEW), der Bundesverband Deutscher Stahlhandel (BDS AG), der Bundesverband Credit Management e.V. (EvCM), der Bundesverband Druck und Medien e.V. (bvdM), der Verband Deutscher Gas- und Stromhändler e.V. (EFET Deutschland), der Gesamtverband der deutschen Textil- und Modeindustrie e.V. (t+m) und der Bundesverband Deutscher Leasing-Unternehmen e.V. (BDL).³⁸⁷

Zur Begründung heißt es in dem Papier: Zunehmend sei ein Hilferuf der Mitglieder der verschiedenen Verbände zu hören. Die Handhabung der Insolvenzverwalter und die aktuelle Rechtsprechung des BGH zu § 133 Abs. 1 InsO weite die Vorsatzanfechtung derart aus, dass eine unerträgliche Rechtsunsicherheit in einer Vielzahl von Fällen, die bis zu 10 Jahre zurücklägen, entstehe. Mittlerweile sei es ein gängiges Instrument in der Praxis der Insolvenzverwalter, Lieferanten eines mittlerweile insolventen Unternehmens auf Rückzahlungen ordnungsgemäß vereinbarter und entrichteter Entgelte zu verklagen, wobei die geforderten Summen angesichts des betroffenen Zeitraums von 10 Jahren existenzbedrohende Höhen erreichten.

Den Ausgangspunkt des Problems sahen die Verbände in den Vermutungsregeln des BGH zur Kenntnis des Gläubigers vom Benachteiligungsvorsatz und zum Benachteiligungsvorsatz selbst. Wesentliche Bedeutung komme dabei der Frage zu, ob der Schuldner

³⁸⁶ Dazu unter G., V.

³⁸⁷ *Schneidewind*, Positionspapier.

zahlungsunfähig sei oder dies drohe. Die Vermutungsregeln führten zu einer Wechselwirkung zwischen objektiven und subjektiven Merkmalen, die sich fatal auswirken könne. Werde die Zahlungsunfähigkeit später nachgewiesen, werde die Kenntnis hiervon vermutet. Darüber hinaus werde die Kenntnis des Geschäftspartners anhand weiterer objektiver Tatsachen vermutet, obwohl diese im Geschäftsverkehr üblich seien. Beispielhaft werde dafür die Überschreitung von Zahlungszielen, das Vorhandensein von Ratenzahlungsvereinbarungen und Retouren von Schecks aufgeführt. Die Vermutungen würden greifen, obwohl der Geschäftspartner nicht die Möglichkeit habe, Einblicke in die Buchhaltung des späteren Schuldners zu gewinnen. Die Vermutungsregeln für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz und damit verbundene Beweiserleichterungen beruhten auf der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners. Anschließend greife § 133 Abs. 1 S. 2 InsO, der die Kenntnis des Geschäftspartners vermute. Das dort verlangte Wissen leite der BGH wiederum aus Beweisanzeichen ab. Zu diesen zählten die tatsächliche Nichtzahlung der eigenen Forderungen, die Nichtzahlung selbst einer einzigen Verbindlichkeit von nicht unbeträchtlicher Höhe, schleppende Zahlungen, Vollstreckungsversuche, geplatzte Schecks, geschlossene Ratenzahlungsvereinbarungen und Rückbuchungen von Lastschriften. Ein Gegenbeweis des Anfechtungsgegners sei praktisch unmöglich. Ergebnis dieser Rechtsprechung sei eine Kettenvermutungsregel, gegen die sich der Anfechtungsgegner kaum wehren könne: Eine Annahme begründe die nächste. Sämtliche Tatbestandsmerkmale, sowohl objektive als auch subjektive, würden zunächst unterstellt.³⁸⁸ Dies führe zu negativen Auswirkungen in allen Branchen, wodurch diese stetig mit dem Risiko belastet seien, sämtliche Zahlungen über einen Zeitraum von bis zu zehn Jahren zurückführen zu müssen.

In der Energieversorgung zeige sich sogar ein Pflichtenkonflikt: Die Netzbetreiber seien durch § 20 EnWG verpflichtet, allen Lieferanten den Netzzugang sowie die Nutzung der Verteilernetze zu gewährleisten. Eine Kündigung wegen Vermögensausfalls sei nur unter besonderen Voraussetzungen möglich. Daher könne sich die Energiewirtschaft dem Insolvenzrisiko nicht entziehen. Die Vereinbarung von Raten- oder Teilzahlungen sei in diesen Fällen alternativlos. Energielieferanten seien zudem grundsätzlich vorleistungspflichtig. Erwartungsgemäß werde der Schuldner bei der Androhung einer Liefersperre seine finanziellen Ressourcen ausschöpfen, um eine Versorgungseinstellung zu verhin-

³⁸⁸ *Schneidewind*, Positionspapier, S. 5.

dern, um deren Konsequenz, nämlich die Einstellung des Geschäftsbetriebs, zu verhindern. Die Lösung des Konflikts liege regelmäßig in Ratenzahlungsvereinbarungen. Dies bringe jedoch nicht nur § 130 InsO ins Spiel, sondern auch eine Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO.

Auch in der Baubranche würden notwendige und übliche Zwischenfinanzierungen, beispielsweise im Winter, zum Anlass einer Anfechtung genommen werden.

Ebenso sei der Stahlhandel aufgrund des aufwendigen Produktionsprozesses auf Raten- und Teilzahlungen wichtiger Abnehmer angewiesen.

Für das Kredit-Management führe die Einräumung großzügiger Zahlungsbedingungen bei entsprechend bedürftigen Abnehmern zu unkalkulierbaren Risiken.

In dem Positionspapier wird betont, dass vor allem der Handel durch die Rechtsprechung betroffen sei, insbesondere kleine und mittelständische Unternehmen. Es wäre nicht nur ein kaum zu bewältigender Aufwand erforderlich, um einen Zeitraum von bis zu zehn Jahren aufzuarbeiten, sondern auch die Bildung von Rückstellungen, deren Höhe nicht abzuschätzen sei. Dies belaste die Liquidität und die Kreditwürdigkeit der betroffenen Unternehmen erheblich.

Notwendiger Bestandteil eines funktionierenden Wirtschaftskreislaufes sei aber stets das Vertrauen auf den Ausgleich fälliger Forderungen. Um einen stabilen Wirtschaftskreislauf zu erreichen, seien organisierte Inkassounternehmen tätig. Dies führe dem Wirtschaftskreislauf pro Jahr zwischen fünf und zehn Milliarden Euro zurück, was wiederum die Liquidität der kleinen und mittleren Unternehmen sichere und einem stabilen Preisniveau diene. Als praxisnahe Lösung für den Schuldner biete sich für das Inkassounternehmen, welches als Mittler zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger fungiere, die Vereinbarung von Ratenzahlungen an. Dadurch sollen laufende Geschäftsbeziehungen aufrechterhalten werden, und dem Schuldner solle die Möglichkeit gegeben werden, seine finanzielle Leistungsfähigkeit zurück zu erlangen. Eine rechtssichere Rückführung von offenen Forderungen werde durch die Anfechtungsmöglichkeit allerdings erheblich erschwert.

In der Textil- und Modeindustrie sei es üblich, einem langjährigen Kunden, mit dem man immer gute Umsätze gemacht habe, im Zweifelsfall Sonderkonditionen einzuräumen, um

zu verhindern, dass dieser aus dem Markt ausscheidet, und um ihn als Großabnehmer zu behalten. In der Regel führten Ratenzahlungsvereinbarungen hier am ehesten zum Ziel.

Insbesondere im Leasing-Geschäft seien Ratenzahlungen und langfristige Vertragslaufzeiten die Regel. Inzwischen trage aber jeder Leasingvertrag das Risiko in sich, mit einem Herausgabeverlangen nach § 133 InsO belastet zu werden, da regelmäßig Zahlungsstundungen vereinbart würden, etwa dann, wenn es einen saisonal bedingten Engpass gebe. Im Zweifel könne dies zum wirtschaftlichen Totalausfall führen. Leasing sei ein klassisches Finanzierungsinstrument, vor allem für den Mittelstand. Daher führe die Anfechtungsproblematik mittelfristig zu erschwerten Zugangsvoraussetzungen für den Mittelstand.

Als mögliche Korrektur forderte der Zusammenschluss der Wirtschaftsverbände eine Änderung von § 142 und § 133 InsO.

Im Rahmen der Vorsatzanfechtung war nach der Gesetzesauslegung auch die Anfechtung eines Bargeschäfts erfasst. *Schneidewind* führte in dem Positionspapier an, dass § 142 HS 2 InsO dem Gesetzeszweck nach mittelbare Benachteiligungen anfechtbar machen sollte. Es sei jedoch nicht Ziel des Gesetzgebers gewesen, die Aufrechterhaltung eines Geschäftsbetriebs dadurch zu verhindern, dass Lieferanten keine zahlungstechnischen Konzessionen gemacht werden können.³⁸⁹ Zwar habe auch die Rechtsprechung die Problematik der extensiven Anwendung von § 133 InsO bei Bargeschäften erkannt und die Voraussetzung des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes verneint, dennoch berge die Handhabung der Rechtsprechung mit dem Bargeschäft Unsicherheiten hinsichtlich jedes Einzelfalls. Nur wenn das Bargeschäft von der Vorsatzanfechtung ausgenommen werde, sei Rechtssicherheit für alle am Rechtsverkehr Beteiligten gewährleistet. Daher müsse der zweite Halbsatz des § 142 InsO a.F. gestrichen werden. Dann wäre sichergestellt, dass der Lieferant zumindest in den Fällen des gewöhnlichen Leistungsaustauschs bei Zahlungen innerhalb von 30 Tagen von einer anfechtungsfesten Handlung ausgehen könne.

Die Auswirkungen einer Anfechtung, durch die auch kongruente Leistungen mit dem Risiko einer zehnjährigen Anfechtungsfrist behaftet seien, seien mit den Bedürfnissen des Wirtschaftslebens praktisch nicht vereinbar. Mithin sei auch eine Korrektur von § 133 InsO erforderlich.³⁹⁰ Der Schuldner erbringe eine kongruente, also vertragskonforme

³⁸⁹ *Schneidewind*, Positionspapier, S. 7.

³⁹⁰ *Schneidewind*, Positionspapier, S. 7.

Leistung im Gegenzug zu einer empfangenen Leistung, weil dies zur Fortführung seines Unternehmens notwendig sei. Letztlich nütze dies auch den Gläubigern. Das kongruente Deckungsgeschäft müsse daher von der Vorsatzanfechtung ausgenommen werden.³⁹¹

2. Positionspapier des Bundesverbandes der Deutschen Industrie (BDI) und des Zentralverbandes des Deutschen Handwerks (ZDH) v. 14.10.2013

In einem Positionspapier des Bundesverbandes der Deutschen Industrie und des Zentralverbandes des Deutschen Handwerks wurde ebenfalls beklagt, dass die insolvenzrechtliche Vorsatzanfechtung durch die extensive Auslegung des § 133 Abs. 1 InsO aus der Balance geraten sei.³⁹² Vermehrt handle es sich um bedenkliche Anfechtungen, da sie sich auf geschäftsübliche Zahlungen für erhaltene Lieferungen und Leistungen im laufenden Geschäftsbetrieb beziehen. Die Ursache wurde in dem zu offenen Wortlaut des § 133 Abs. 1 InsO und die durch den BGH herausgearbeiteten Beweisanzeichen gesehen.³⁹³ Viele Unternehmen müssten bereits bei den ersten Anzeichen von Liquiditätsproblemen ihrer Geschäftspartner jegliche Zusammenarbeit abbrechen. Dies führe zu deutlich spürbaren negativen Konsequenzen für mögliche Sanierungsbemühungen. Das Insolvenzrecht müsse auch einen effektiven Lieferantenschutz berücksichtigen. Die pauschalen Annahmen über die subjektiven Voraussetzungen passten nicht zur wirtschaftlichen Realität. Individuelle Vereinbarungen zur Abfederung saison- oder marktbedingter Besonderheiten seien betriebswirtschaftlich feste Bestandteile einer Vielzahl von Vertragsbedingungen. Der flexible Einsatz unterstützender Maßnahmen unter Vertragspartnern sei gängige Praxis, und zwar „*weit ab von einer vorsätzlichen Benachteiligung der Gläubigergesamtheit*“.³⁹⁴ Es gehe nicht um die Übervorteilung anderer Gläubiger, sondern um die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs, auf den jeder Sanierungsversuch angewiesen sei. Hier könne eine Zahlung von Vorteil sein, um etwa die Lieferung qualitativ hochwertiger Güter weiterhin sicherzustellen, oder gar um eine anlaufende Restrukturierung nicht zu gefährden. Der Bestand dauerhafter Vertragsbeziehungen habe einen hohen betriebswirtschaftlichen Mehrwert gegenüber einer Lage mit häufig wechselnden Vertragspartnern. Hinzu trete die Anfechtungsfrist von 10 Jahren. Im Gegensatz zu dem Anfechtungszeitraum von drei Monaten im Rahmen der §§ 130 – 132 InsO stelle dies keinen überschaubaren Risikohorizont dar. Konsequenz der Vorsatzanfechtung sei daher

³⁹¹ Schneidewind, Positionspapier, S. 7.

³⁹² Positionspapier, ZInsO 2013, 2312.

³⁹³ Positionspapier, ZInsO 2013, 2312.

³⁹⁴ Positionspapier, ZInsO 2013, 2312.

ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit im alltäglichen Geschäftsverkehr.³⁹⁵ Nicht einmal Zwangsvollstreckungsmaßnahmen aus titulierten Forderungen oder gesetzlich besicherte Steueransprüche seien sicher, sondern würden zu „*Opfern der extensiven Anfechtungsrechtsprechung*“.³⁹⁶

Daher verlangten sie eine zielgerichtete Absicht des Schuldners in § 133 Abs. 1 InsO a.F. Es müsse dem Wortlaut nach klar zum Ausdruck kommen, dass nur ein zielgerichtetes gläubigerbenachteiligendes Verhalten zu sanktionieren sei.³⁹⁷ Zudem sollten gewöhnliche Geschäftstätigkeiten, die unter geschäftsüblichen Bedingungen ausgeübt werden, nicht anfechtbar sein. Insbesondere das Bargeschäft solle auch im Rahmen von § 133 Abs. 1 InsO privilegiert werden. Die Sanktionierung dieser Fälle sei weder nachvollziehbar noch wirtschaftlich vertretbar. Auch ein Blick in andere europäische Rechtsordnungen zeige, dass ein solches Verhalten der insolvenzrechtlichen Anfechtung entzogen sei.³⁹⁸

Das Positionspapier schloss mit der nachdrücklichen Aufforderung an den Gesetzgeber, die Vorsatzanfechtung auf solche Rechtsgeschäfte zu beschränken, die von einer schuldenrischen Gläubigerbenachteiligungsabsicht getragen sind und auch tatsächlich eine mindernde Wirkung auf die betroffene Vermögensmasse haben. Dies würde eine große Anzahl redlich handelnder Unternehmen von einer drohenden erheblichen Belastung und von langjährigen Rechtsunsicherheiten befreien.³⁹⁹

3. Zusammenfassung

Der Insolvenzverwalter konnte sich im Anfechtungsprozess auf Beweisanzeichen stützen. Durch den Kettenbeweis hatte die Vorsatzanfechtung neue „*Strahlkraft*“⁴⁰⁰ erhalten, sie erfuhr als „*Wunderwaffe*“⁴⁰¹ des Anfechtungsrechts eine neue Renaissance und führte zu kuriosen Ergebnissen.⁴⁰² Die Vorsatzanfechtung hatte *Karriere* gemacht und war in ihrer Handhabung über das „*Ziel hinausgeschossen*“⁴⁰³ mit der Folge, dass der Rechtsverkehr den Eindruck gewonnen hatte, praktisch alles sei anfechtbar – Gläubiger müssten

³⁹⁵ Positionspapier, ZInsO 2013, 2312, 2313.

³⁹⁶ Positionspapier, ZInsO 2013, 2312, 2313.

³⁹⁷ Positionspapier, ZInsO 2013, 2312, 2313.

³⁹⁸ Positionspapier, ZInsO 2013, 2312, 2313.

³⁹⁹ Positionspapier, ZInsO 2013, 2312, 2314.

⁴⁰⁰ Bork, ZIP 2004, 1684.

⁴⁰¹ Lind, Auslegung, S. 1.

⁴⁰² Priebe, ZInsO 2012, 1589.

⁴⁰³ Bork, ZIP 2008, 1041, 1045.

stets mit einer Vorsatzanfechtung rechnen.⁴⁰⁴ Das Regel-Ausnahme-Prinzip der §§ 130, 131 zu 133 InsO wurde im Interesse der Massegenerierung durch die obergerichtliche Rechtsprechung zunehmend in sein Gegenteil verkehrt.⁴⁰⁵ Auch die Beratungspraxis war durch die Rechtsprechung des BGH „ratlos“.⁴⁰⁶ Dabei erwies sich der Umstand als besonders gefährlich, dass § 142 I InsO keine Anwendung fand.⁴⁰⁷ Selbst im Rahmen von Sanierungsbemühungen bestand stets die Gefahr einer Anfechtung.⁴⁰⁸

III. Verbraucherinsolvenz

Durch das Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte vom 15. Juni 2013 änderte sich das Verbraucherinsolvenzrecht zum 01. Juli 2014. Durch die Streichung der §§ 312-314 InsO fiel eine wichtige Schranke und Hürde in der Verbraucherinsolvenz: Durch die Aufhebung der §§ 312 bis 314 InsO ist in Verfahren ab dem 01. Juli 2013 nunmehr die Insolvenzanfechtung durch den Insolvenzverwalter möglich. Der Insolvenzverwalter kann nun nach den §§ 129 ff InsO Rechtshandlungen anfechten. Dadurch erhoffte sich der Gesetzgeber eine bessere Nutzung der Anfechtungsmöglichkeiten.⁴⁰⁹ Dies kann gravierende Auswirkungen auf die Praxis haben. Wenn hinreichende Erfolgsaussichten vorliegen, wird der Insolvenzverwalter insofern tätig werden müssen und eine Anfechtung ausführen – Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, Sicherungen, Verrechnungen sowie alle personenbezogenen Rechtshandlungen des Schuldners müssen in den Fokus des Verwalters rücken.⁴¹⁰

1. Ausblick

Zunächst war davon auszugehen, dass die in der Rechtsprechung entwickelten Ansätze zu den Anfechtungstatbeständen, insbesondere die zur Vorsatzanfechtung entwickelte Vorgehensweise, auch in der Verbraucherinsolvenz Anwendung finden würde. Dies ergibt bereits das grundgesetzlich verankerte Bestimmtheitsgebot. Eine unterschiedliche Behandlung ein und derselben Rechtsnorm ist nicht gerechtfertigt. Sinn und Zweck der Insolvenzanfechtung, dem Gläubigergleichbehandlungsgebot gerecht zu werden sowie dem Interesse der Gläubiger an einer großen Insolvenzmasse entgegenzukommen und

⁴⁰⁴ Bork, ZIP 2008, 1041, 1045.

⁴⁰⁵ Priebe, ZInsO 2012, 1589.

⁴⁰⁶ Jensen, NZI 2001, 798, 801.

⁴⁰⁷ Priebe, ZInsO 2012, 1589.

⁴⁰⁸ Etwa: BGH, NZI 2012, 142, 143.

⁴⁰⁹ Hergen Röder, KTS 2013, 385, 400.

⁴¹⁰ Hergenröder, KTS 2013, 385, 401.

nicht schützenswerte Handlungen über § 133 InsO zu verhindern, sind in der Verbraucherinsolvenz ebenso tangiert.

Somit mussten die dargestellten Regelungen zu § 133 InsO a.F., auch die Beweiserleichterungen und Vermutungsregeln, in der Insolvenz einer Privatperson Anwendung finden.

a) Unpfändbarkeit

Zu beachten ist jedoch, dass eine Gläubigerbenachteiligung im Sinne der §§ 129, 133 InsO nicht gegeben ist, wenn der weggegebene Gegenstand unpfändbar und deswegen nicht massezugehörig ist. Regelmäßig sind Verfügungen über das unpfändbare Vermögen nicht anfechtbar.⁴¹¹ In der Insolvenz natürlicher Personen ist darauf besonders zu achten.⁴¹²

Das Arbeitseinkommen oder das Erwerbsersatzesinkommen des Schuldners ist im Umfang des Existenzminimums nach den §§ 850ff ZPO und § 54 SGB I pfändungsgeschützt und somit gem. § 36 Abs. 1 S. 2 InsO i. V. m. §§ 850, 850a, 850c, 850e, 850f Abs. 1, 850g-k, 851c und 851d ZPO nicht massezugehörig. Wird das Arbeitsentgelt in bar ausbezahlt oder auf ein Konto des Schuldners überwiesen, erlischt dessen Forderung und der Pfändungsschutz endet. Die Anfechtung von Verfügungen über unpfändbare Forderungen des Schuldners auf Arbeitseinkommen wäre daher nur in einem schmalen Bereich denkbar.⁴¹³

Wird das Arbeitsentgelt auf ein Pfändungsschutzkonto des Schuldners überwiesen, erlangt dieser eine Forderung gegen das Kreditinstitut. Verfügt der Schuldner über eine Leistung aus dem unpfändbaren Guthaben eines Pfändungsschutzkontos oder tätigt er wiederkehrende Leistungen in bar (§ 811 Nr. 8 ZPO), ist die Leistung aus dem unpfändbaren Einkommen nicht gläubigerbenachteiligend und daher nicht anfechtbar.⁴¹⁴

Wird das Arbeitseinkommen hingegen auf ein nicht pfändungsgeschütztes Konto überwiesen, entfällt der Pfändungsschutz. Zu erwägen ist, ob auch bei nicht pfändungsgeschützten Konten eine Funktionsübertragung der §§ 850 ff ZPO von den Forderungen gegen den Arbeitgeber auf das ausgezahlte Einkommen erfolgen kann.⁴¹⁵ Im Schrifttum wird zum Teil darauf hingewiesen, dass anderenfalls das Risiko für den Arbeitnehmer

⁴¹¹ BGHZ 186, 242, 248ff.; Ahrens, NJW-Spezial 2014, 341; Vallender, NZI 2014, 535, 537.

⁴¹² Ahrens, NJW-Spezial 2014, 341; Vallender, NZI 2014, 536.

⁴¹³ Ahrens, NJW-Spezial 2014, 341.

⁴¹⁴ Ahrens, NJW-Spezial 2014, 341.

⁴¹⁵ Vallender, NZI 2014, 536, 538.

bestünde, dass dieser seinen Lebensunterhalt nicht mehr mit dem wirtschaftlichen Ergebnis seiner Erwerbstätigkeit bestreiten könne.⁴¹⁶ Solange das erzielte Arbeitseinkommen derart im Vermögen des Schuldners verbleibe, so *Ahrens*, um damit existenzielle Subsistenzmittel zu erwerben, könne es sich um pfändungsfreies Schonvermögen handeln. Dieser fundamentale Gedanke sei auch anfechtungsrechtlich zu berücksichtigen.⁴¹⁷

Dem wird jedoch entgegengehalten, dass die Besonderheiten des eingeführten Pfändungsschutzkontos im Sinne von § 850 k ZPO nicht hinreichend berücksichtigt würden. Die Reform des Kontopfändungsschutzes verfolgte das Ziel, dem Kontoinhaber die zum Lebensunterhalt benötigten Geldmittel zu belassen und so einen Ausgleich der berechtigten Interessen von Schuldner und Gläubiger zu erreichen. Dem Schuldner sollte die Möglichkeit zur Teilnahme am bargeldlosen Zahlungsverkehr erhalten bleiben.⁴¹⁸ Würde dieser Schutz auch auf nicht pfändungsgeschützte Konten ausgedehnt, würden die Gläubigerinteressen nicht hinreichend berücksichtigt. Der Schuldner habe es also selbst in der Hand, ein pfändungsfreies Schonvermögen zu schaffen.⁴¹⁹ Allerdings wird der Pfändungsfreibetrag erst durch die Pfändung bzw. durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens aktiviert.⁴²⁰ Also lebt dann, wenn die Leistungen des Schuldners den Pfändungsfreibetrag übersteigen, das Anfechtungsrecht wieder auf.

Grundsätzlich trägt der Insolvenzverwalter im Anfechtungsprozess die Darlegungs- und Beweislast, ob eine gläubigerbenachteiligende Handlung vorliegt. Um dieser Last nachzukommen, könnte der Vortrag genügen, dass die Zahlungen aus dem schuldnerischen Vermögen erbracht worden sind. Es könnte jedoch auch erforderlich sein, dass der Insolvenzverwalter vortragen müsse, dass die Zahlungen aus dem pfändbaren Vermögen stammen. Problematisch ist dann, ob der Insolvenzverwalter dem Schuldner die Möglichkeit einräumen müsse, zu erklären, ob und welche Leistungen aus dem pfändungsfreien Schonvermögen erbracht worden sind.⁴²¹ Im Ergebnis würde der Schuldner ein Bestimmungsrecht über den anfechtungsrechtlichen Schutzbereich besitzen.⁴²² Um willkürlichen Entscheidungen des Schuldners vorzubeugen, ist zu fragen, ob eine Leistung aus dem unpfändbaren Vermögen stammt. Zur Bestimmung kann die Art der Leistung und

⁴¹⁶ *Ahrens*, NJW-Spezial 2014, 341.

⁴¹⁷ *Ahrens*, NJW-Spezial 2014, 341, 342.

⁴¹⁸ *Vallender*, NZI 2014, 535, 538.

⁴¹⁹ *Vallender*, NZI, 535, 538.

⁴²⁰ *Vallender*, NZI, 535, 538.

⁴²¹ In: BGHZ 194, 1.

⁴²² *Ahrens*, NJW-Spezial 2014, 342, *Ahrens*, NJW 2014, 1841, 1842; *Vallender*, NZI 201, 535, 539.

die Bedeutung der Leistung für den Schuldner herangezogen werden. Essentielle Leistungen, wie beispielsweise die Zahlung der Miete, sprechen aufgrund ihrer Notwendigkeit dafür, dass die Leistung aus dem pfändungsfreien Schonvermögen stammt.⁴²³ Letztlich obliegt es aber dem Schuldner allein zu bestimmen, welche Rechtshandlungen für ihn von besonderer, essentieller Bedeutung sind. Auch ein nachträgliches Bestimmungsrecht des Schuldners würde zu erheblichen praktischen Schwierigkeiten führen und Beweishürden errichten. Möglich ist dagegen auch eine rein formale Betrachtung, die nach dem Zeitpunkt der Rechtshandlung fragt. Hier erfolgt eine chronologische Subtraktion vom unpfändbaren Einkommen. Sobald die unpfändbare Grenze erreicht wird, wären alle nachfolgenden Rechtshandlungen jedoch ungeschützt und unabhängig von ihrer (essentiellen) Bedeutung für den Schuldner der Anfechtung ausgesetzt. Die Anfechtung etwa von Zahlungen für die Miete oder für die Strom- und Gaslieferung können den Schuldner jedoch in eine fatale Lage versetzen, in dem sie seine Grundsicherung gefährden. In Anbetracht dieser Folge ist für die Bestimmung des Schonvermögens, trotz aufgezeigter Bedenken, nach der Art und der Bedeutung der Leistung für die Existenzsicherung zu fragen.

Verfügungen über solche Gegenstände, die nach den §§ 881 Nr. 1-3, 5-8, 10-13, 850 ff. ZPO nicht der Zwangsvollstreckung unterworfen sind, unterliegen aufgrund einer fehlenden Gläubigerbenachteiligung ebenfalls nicht der Insolvenzanfechtung.

b) Beispiele

Außerhalb des Pfändungsschutzes lebt eine Anfechtung auf, beispielsweise bei Rechtshandlungen aus dem pfändbaren Vermögen. Derzeit gibt es noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung, anhand derer man die Anwendung der Vorsatzanfechtung in der Verbraucherinsolvenz beurteilen könnte. Auch angesichts der reformierten Norm sind verlässliche Angaben darüber, wann eine Vorsatzanfechtung greifen wird, nicht möglich. In dieser Arbeit ist daher zunächst von der Anwendung der bisherigen Grundsätze auszugehen, insbesondere da sich die Grundvoraussetzungen der Vorsatzanfechtung nicht änderten (§ 133 Abs. 1 InsO blieb gleich). Anhand von Beispielen soll aufgezeigt werden, welche Schwierigkeiten dabei entstehen können oder jedenfalls ohne die Gesetzesänderung entstanden wären.

⁴²³ Ahrens, NJW-Spezial 2014, 342.

aa) Unterhalt

Ein prägnantes Beispiel stellen getätigte Unterhaltszahlungen dar. Man nehme an, der zukünftige Schuldner befindet sich bereits in gravierenden Zahlungsengpässen. Sowohl ihm selbst als auch seiner Familie, insbesondere seinen Kindern, ist diese Situation bekannt. Immer wieder muss er sich Geld *borgen*, der Geldautomat *spuckt kein Geld mehr aus* und er kann sich den Kinobesuch am *Vaterwochenende* nicht mehr leisten. Dennoch zahlt er die geschuldeten Unterhaltssummen für seine Kinder, die bei der Mutter leben.

Geht man davon aus, dass die Einkünfte des späteren Schuldners den Selbstbehalt übersteigen, ist der Schuldner zur Leistung von Unterhalt verpflichtet.

Diese Zahlungen stellen Rechtshandlungen des Schuldners dar und mindern die Insolvenzmasse, die der gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger dienen soll. Es liegt somit eine gläubigerbenachteiligende Rechtshandlung vor. Sowohl der Schuldner als auch die empfangende Familie kennen seine Zahlungsunfähigkeit. Gemäß den zuvor dargestellten Beweisanzeichen und Kettenvermutungen resultieren aus der Kenntnis der Schuldunfähigkeit die billigende Inkaufnahme der Benachteiligung, mithin der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz und die Kenntnis von diesem. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Unterhalt aus dem unpfändbaren Vermögen des Schuldners geleistet wurde.

Ohne diese Ausnahme liegen sämtliche Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO vor. Eine Vorsatzanfechtung greift demnach für den gesamten Zeitraum von zehn Jahren. Zehn Jahre lang kann somit eine Rückführung von gezahlten Unterhaltsleistungen an die Masse stattfinden. Der Insolvenzverwalter könnte also zehn Jahre, nachdem *Papa das Kino nicht mehr bezahlen konnte*, den gesamten Unterhalt einfordern. Dieser Gedanke wird vielfach ein ungutes Gefühl verursachen. Unterhalt wird dem Kind geleistet, um dessen Existenz im finanziellen Sinne zu gewährleisten oder zumindest zu unterstützen. In der Regel wird der Unterhalt entsprechend verbraucht. Der Unterhalt fließt etwa in Kleidung, Schulbücher oder Freizeitaktivitäten. Dennoch kann sich der Berechtigte nicht auf eine Entreichung berufen. § 143 InsO, der eine solche vorsieht, ist gerade nicht in der Vorsatzanfechtung anwendbar. So könnte die Insolvenz des Vaters eines Tages auch seine Kinder wegen Unterhaltsrückzahlungen innerhalb der letzten zehn Jahre in die Insolvenz stürzen. Um dies zu vermeiden, müssten die Kinder entsprechende Leistungen ablehnen und so auf ihr Recht auf eine soziale Absicherung verzichten. Verzichten sie nicht, könnte ihnen diese Absicherung rückwirkend genommen werden.

Zu fragen ist daher, ob Unterhaltsleistungen aus der Anfechtung auszunehmen sind. Um dies zu beantworten, ist zunächst auf die Bedeutung von Unterhaltsansprüchen in der Insolvenzordnung einzugehen, die an verschiedenen Stellen der InsO behandelt werden.

Aus der zeitlichen Abgrenzung des § 38 InsO sowie aus dem Umkehrschluss zu § 40 S. 1 InsO folgt, dass Unterhaltsberechtigte bezüglich des laufenden Unterhalts Neugläubiger darstellen. Nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstehende Unterhaltsansprüche stellen somit keine Insolvenzforderungen dar, sondern werden als sogenannte insolvenzfreie Forderungen bezeichnet.⁴²⁴ Diese Ansprüche sind also eigenständig einklagbar, und damit ist eine Vollstreckung in das nicht zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen möglich. Zudem ist die Gewährung von Unterhalt im Sinne von § 100 InsO durch die Gläubiger möglich. Dies entspringt der Gläubigerautonomie im Insolvenzrecht.

Bereits vor der Eröffnung entstandene Unterhaltsansprüche fallen hingegen gem. § 38 InsO in die Insolvenzmasse. Unterhaltsansprüche werden dementsprechend den übrigen Ansprüchen auf Insolvenzforderungen gleichgestellt.⁴²⁵ Den Berechtigten wird kein Sonderrecht gewährt. Sie werden vom Gesetz wie die übrigen Gläubiger behandelt. Unterhaltsansprüche vor der Verfahrenseröffnung genießen kein besonderes sozial motiviertes Vorrecht.⁴²⁶

Allerdings gilt das eben Beschriebene nur für die nach der Eröffnung entstehenden und vor der Eröffnung entstandenen, aber immer noch offenen Forderungen. Bezüglich vor der Eröffnung geleisteter Unterhaltsansprüche trifft das Gesetz keine Aussage. Der Regelung in § 35 InsO ließe sich höchstens entnehmen, dass vor der Eröffnung entstehende Ansprüche so wie alle anderen Ansprüche, die kein Sonderrecht genießen, zu behandeln sind. Dies würde für die Anfechtung bedeuten, dass keine Ausnahme gemacht werden darf. Unterhaltsansprüche sind nach diesem systematischen Schluss ebenso wie andere Ansprüche zu behandeln, die einer Anfechtung ausgesetzt sein können – wie der Lieferant im Regulierungsverfahren, auch das Kind in der Verbraucherinsolvenz. Sie können sich ihrer erhaltenen Leistungen also für die kommenden zehn Jahre nicht sicher sein.

Gegenüber dem Lieferanten ist der Schuldner jedoch lediglich vertraglich zu einer Leistung verpflichtet, während ihn die Unterhaltspflicht gesetzlich trifft. Unterlässt der Schuldner es also, seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht nachzukommen, kann er sich

⁴²⁴ Keller, NZI 2007, 143, 144.

⁴²⁵ Keller, NZI 2007, 143, 149.

⁴²⁶ Keller, NZI 2007, 143, 149.

nach § 170 Abs. 1 StGB strafbar machen. Die Verletzung der Unterhaltspflicht kann sogar mit einer Freiheitsstrafe geahndet werden.

§ 170 Abs.1 StGB schützt die Individualinteressen der gesetzlich Unterhaltsberechtigten, also die Sicherung ihres lebensnotwendigen Bedarfs, und soll zudem die Allgemeinheit vor einem Missbrauch der öffentlichen Fürsorge bewahren.⁴²⁷ Um einer Strafe zu entgehen, müssen die Unterhaltszahlungen also gewährleistet werden. Dennoch widerspricht eine spätere Anfechtung dem Telos des Strafgesetzes, obwohl die Insolvenzordnung eine solche zulässt. Somit entsteht ein Konflikt zwischen dem Privatrecht und dem Strafrecht.

bb) Ratenzahlung und Zwangsvollstreckung

Weitere Anfechtungsrisiken für Verbraucher zeigen sich anlässlich einer *Flucht in die Zwangsvollstreckung*⁴²⁸ gegen Verbraucher.

Man stelle sich vor, ein zukünftiger Schuldner steckt in Zahlungsschwierigkeiten, und zu allem Übel treten nun noch diverse Schäden in seinem Haushalt auf. Der Kühlschrank hat einen Defekt und mit ihm der Herd. Leben ohne eine funktionierende Küche ist für den Schuldner und seine Familie schwer denkbar. So werden trotz Zahlungsengpässen neue Geräte angeschafft. Es wird eine Zahlung in vier Raten zu einem geringen Zinssatz vereinbart. Der Verkäufer wirbt regelmäßig mit dieser Finanzierungsmöglichkeit. Doch es kommt, wie es vorauszusehen war: Der Schuldner kann die hohen Raten gegenwärtig nicht aufbringen. Er bemüht sich ernsthaft um eine Verbesserung seiner finanziellen Lage. Der Geräteunternehmer fordert mehrmals zur Zahlung auf, stets vergeblich. Nach einem klärenden Gespräch sehen beide Vertragsparteien eine Lösung in einer erweiterten Ratenzahlungsvereinbarung: Die Raten werden verringert und die Laufzeit bei entsprechenden Zinserhöhungen verlängert. Angesichts der ernsthaften Sanierungsbemühungen des Schuldners möchte der Unternehmer auf diese Weise eine geschäftsübliche Lösung der Problemlage anbieten.

Nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH stellte eine solche Vereinbarung jedoch eine inkongruente Deckung dar. Denn der Unternehmer hatte auf eine solche Vereinbarung keinen Anspruch. Auf die später gezahlten Raten bestand zwar ab der Ratenvereinbarung ein Anspruch, die Inkongruenz der Vereinbarung selbst wirkte jedoch fort. Hinzu

⁴²⁷ MünchKomm/Ritscher, § 170 StGB, Rn. 4; Leckner/Bosch, Schönke/Schröder, StGB, § 170, Rn.1.

⁴²⁸ Fawzy/Köchling, ZInsO 2014, 1073, 1078.

treten die Kenntnis des Verbrauchers von seiner Zahlungsunfähigkeit und die entsprechende Kenntnis des Unternehmers, die sich bereits aus der Nichtzahlung der ursprünglichen Raten ergibt. Ferner ist die Inkongruenz der Vereinbarung und der daraufhin gezahlten Raten zu beachten. Aus dieser Häufung von Beweisanzeichen ergaben sich mithin die Voraussetzungen für das Vorliegen der Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO.

Die Vereinbarung von geschäftsüblichen Ratenzahlungen stellt ein Instrumentarium im Rahmen der professionellen Forderungsbeitreibung dar, welches zwar im Hinblick auf eine ernsthafte Sanierung des Verbrauchers – und somit für beide Seiten – als wirtschaftlich sinnvoll zu bewerten ist⁴²⁹, aber an Praktikabilität durch das enorme Anfechtungsrisiko verloren hatte.

Diesem Anfechtungsrisiko hätte sich ein Verkäufer zu Recht nicht aussetzen wollen und können. Ihm wäre somit lediglich die Möglichkeit geblieben, seine Forderung mit Hilfe der Zwangsvollstreckung durchzusetzen. Der Verkäufer wäre dem Anfechtungsrisiko entgangen, wenn er gem. §§ 808 ff ZPO auf körperliche Sachen und Bargeld des Schuldners oder gem. §§ 828 ff. ZPO auf dessen Kontoguthaben zugegriffen hätte. Eine gegen den Schuldner gerichtete Zwangsvollstreckungsmaßnahme enthielt nämlich keine für eine Anfechtung erforderliche Rechtshandlung des Schuldners.⁴³⁰ Dies galt allerdings nur dann, wenn der Schuldner selbst tatsächlich keine Mitwirkungshandlung vorgenommen hatte. Eine sogenannte Druckzahlung – also eine Begleichung der Forderung, um die Zwangsvollstreckung abzuwehren – war nach ständiger Rechtsprechung als inkongruent einzustufen und unterlag somit der Anfechtung innerhalb des Drei-Monats-Zeitraums, aber die Inkongruenz galt auch als verstärkendes Beweisanzeichen im Rahmen der Vorsatzanfechtung. Doch auch andere Mitwirkungshandlungen konnten zu einer Anfechtung führen. Die war nur dann ausgeschlossen, wenn der Schuldner nur noch die Wahl hat, sofort zu leisten oder die Vollstreckung durch eine bereits anwesende Vollstreckungsperson zu dulden. Denn eine Vorsatzanfechtung war nur ausgeschlossen, wenn ein selbstbestimmtes Handeln des Schuldners auszuschließen war. Jedes freiwillige Mitwirken ließ das Anfechtungsrisiko auflodern. Dem Gläubiger war daher zu raten, möglichst sofort und mit aller Härte zu vollstrecken.⁴³¹

⁴²⁹ Fawzy/Köchling, ZInsO 2014, 1073, 1078.

⁴³⁰ Fawzy/Köchling, ZInsO 2014, 1073, 1078.

⁴³¹ Fawzy/Köchling, ZInsO 2014, 1073, 1078.

Diese *Brutalisierung* der Zwangsvollstreckung⁴³² stand jedoch im Widerspruch zu der in § 802 b ZPO normierte Leitlinie, wonach stets eine gütliche Einigung versucht werden soll.⁴³³ Der Sinn und Zweck von § 802b ZPO, nämlich Justizressourcen zu schonen und überflüssigen Aufwand zu vermeiden, wurde durch eine Anfechtung in solchen Fällen von vorne herein vereitelt.⁴³⁴

Gleichzeitig ist es menschlich nur allzu nachvollziehbar, eine Zwangsvollstreckung abwenden zu wollen. Zum einen hätte deren Außenwirkung beachtet werden sollen: Gerede der Nachbarn, Irritationen bei Freunden und in der Familie, Spekulationen und Gerüchte, die sich der Schuldner verständlicherweise ersparen möchte. Zum anderen hätten die psychischen Wirkungen einer Zwangsvollstreckung nicht vernachlässigt werden dürfen: Die Durchsuchung der eigenen Wohnung, das Eindringen in die Privatsphäre des Betroffenen durch den Gerichtsvollzieher wird von vielen Menschen als schwerer Schicksalsschlag empfunden. Den eigenen Ruf, die eigene Privatsphäre und die der Familie zu schützen, hätte als ein berechtigtes Interesse des redlichen Schuldners gewertet werden müssen, eine Zwangsvollstreckung zu verhindern.

Zudem wären dadurch außergerichtliche Schuldenbereinigungen konterkariert und somit die Möglichkeit des Schuldners, am wirtschaftlichen Leben teilzunehmen, weiter eingeschränkt worden.⁴³⁵ Hinzu kam, dass der Schuldenstand des Schuldners durch die zusätzlich anfallenden Vollstreckungskosten gestiegen wäre. Außerdem hätten sich die ohnehin schon negativen Einträge bei den relevanten Auskunfteien verschlimmert, was dem Schuldner zusätzlich die Teilnahme am Wirtschaftsleben erschwert hätte.⁴³⁶

Für den soeben beschriebenen Konflikt sieht die neue Fassung von § 133 InsO eine Erleichterung vor. Nach § 133 Abs. 3 S. 2 InsO wird nunmehr vermutet, dass der andere Teil die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht kannte, wenn er dem Schuldner eine Zahlungserleichterung gewährt. Inwiefern sich die neue Vermutungsregelung des § 133 Abs. 3 S. 2 InsO auswirkt, bleibt jedoch abzuwarten.

⁴³² Fawzy/Köchling, ZInsO 2014, 1073, 1079.

⁴³³ Fawzy/Köchling, ZInsO 2014, 1073, 1079.

⁴³⁴ Fawzy/Köchling, ZInsO 2014, 1073, 1079.

⁴³⁵ Fawzy/Köchling, ZInsO 2014, 1073, 1079.

⁴³⁶ Fawzy/Köchling, ZInsO 2014, 1073, 1079.

cc) Arztrechnung

Ein weiteres – bewusst überspitztes – Beispiel soll die Problematik der Rettung des Schuldners veranschaulichen: Der zukünftige Insolvenzschuldner befindet sich in einer wirtschaftlichen Krise. Es handelt sich um eine Person des öffentlichen Lebens, und so wird sein wirtschaftlicher Niedergang in den Medien verbreitet. Auch der zukünftige Anfechtungsgegner kennt die entsprechenden Schlagzeilen.

Die wirtschaftliche Krise führt zu einer emotionalen Krise. Der Schuldner sieht plötzlich keinen Ausweg aus seinem Dilemma und beschließt, Selbstmord zu begehen. Doch der missglückt, der Schuldner wird durch einen Arzt (dem späteren Anfechtungsgegner) behandelt und letztlich gerettet. Der Schuldner zahlt selbst – nunmehr doch überglücklich über das erhaltene Leben – die Arztrechnung, wohlwissend um seine finanzielle Lage. Der Arzt nimmt die Zahlung an.

Nach den Grundsätzen zur Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO a.F. kam eine Anfechtung in Betracht. Angenommen, die Zahlung stammte nicht aus dem unpfändbaren Vermögen, dann minderte sie die spätere Insolvenzmasse und stellte somit eine gläubigerbenachteiligende Rechtshandlung dar. Der Schuldner kannte seine Zahlungsunfähigkeit und nahm daher die Gläubigerbenachteiligung billigend in Kauf. Mithin handelte er mit einem zur Anfechtung nötigen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz. Auch der Arzt hatte Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, damit wurde impliziert, dass er auch Kenntnis vom entsprechenden Gläubigerbenachteiligungsvorsatz hatte. Die objektiven und subjektiven Voraussetzungen waren demnach grundsätzlich gegeben.

Die Zahlung hätte demnach in Folge der Anfechtung zurückgeführt werden müssen. Um dem zu entgehen, hätte der Arzt die Behandlung entgegen seinem Berufsethos und seinem Eid verweigern oder diese gratis durchführen müssen. Ersteres hätte im Zweifel sogar eine Strafbarkeit begründet (beispielsweise durch unterlassene Hilfeleistung, § 323c StGB oder gar eine Tatbestandverwirklichung durch Unterlassen, § 13 StGB), und im zweiten Fall hätte eine Behandlung, gerade bei aufwendigen Maßnahmen (etwa einer Operation), ein hohes wirtschaftliches Opfer dargestellt.

Auch in weniger dramatischen Fällen hätte sich ein Arzt oder auch ein Psychologe gegebenenfalls einer Anfechtung ausgesetzt gesehen, wenn er einen Schuldner behandelt hätte, von dessen finanzieller Krise er Kenntnis gehabt hätte.

Für jede Arztrechnung oder auch für spätere Zahlung in der Apotheke bestand die Gefahr einer Vorsatzanfechtung (insbesondere da die Bargeschäftsausnahme nach § 142 InsO nicht galt).

Der Anfechtungsgegner stand daher in dem oben genannten Dilemma. Behandelte er den Mann nicht, machte er sich gegebenenfalls strafbar, behandelte er ihn, trug er ein wirtschaftliches Risiko. Gleichzeitig verhielt sich der Schuldner nicht in einer Weise, die als bewusst gläubigerschädigend empfunden wird. Er bevorzugte nicht einen Dritten, um Gläubigerinteressen zu beeinträchtigen. Er verhielt sich vielmehr sozial adäquat, wenn er sich im Krankheitsfall behandeln ließ. Verspricht ihm nicht Art. 2 Abs. 1 GG auch ein Recht auf einen gesunden Körper und Geist? Ist der Verzicht darauf wirklich vom Insolvenzrecht gewollt gewesen?

Da zwischen der ärztlichen Behandlung und ihrer Bezahlung ein rechtlicher Zusammenhang besteht, mithin die Leistungen miteinander verknüpft sind und diese in einem engen zeitlichen Zusammenhang stehen, kann die Behandlung als Bargeschäft im Sinne von § 142 Abs. 1 InsO qualifiziert werden. Nach der neuen Fassung von § 142 InsO gilt die Bargeschäftsausnahme nunmehr auch für die Vorsatzanfechtung, sodass für den Arzt hier nach der neuen Gesetzeslage eine Privilegierung nach § 142 Abs. 1 InsO besteht. Im Ergebnis ist der Arzt dem Anfechtungsrisiko *entkommen*.

2. Ergebnis

Inwiefern durch das Anfechtungsrecht in der Verbraucherinsolvenz eine signifikante Massestärkung eintreten wäre, bleibt unklar. Es wurde darauf hingewiesen, dass der Insolvenzverwalter vielfach auf eine vorhandene Massearmut treffen werde, da die Schuldner regelmäßig über kein pfändbares Vermögen verfüge.⁴³⁷ Hinzu trete der Gang eines oft *steinigen Weges*, um eine Kostendeckung über die Bewilligung von Prozesskostenhilfe zu erreichen.⁴³⁸ Allerdings ist der Verwalter verpflichtet, Anfechtungen vorzunehmen. Die entstehenden Fragen können überdies nicht damit abgetan werden, dass die Probleme regelmäßig nicht auftreten. Der bloße Verweis auf eine möglicherweise zu erwartenden Massearmut ignoriert lediglich die entstehenden Probleme.

⁴³⁷ Vallender, NZI 2014, 535,539; Ahrens, NJW-Spezial 2014, 341, 342.

⁴³⁸ Vallender, NZI 2014, 535,539.

F. Lösung

Den beschriebenen Schwierigkeiten aus § 133 InsO a.F. begegnete die Literatur mit verschiedenen Lösungsansätzen, die sich im Wesentlichen aus der Auslegung der Norm ergeben.

I. Teleologische Reduktion

Dabei nahmen einige Autoren im Ergebnis eine teleologische Reduzierung der Vorsatzanfechtung vor.

1. Ausschlussprinzip

Das frühe Schrifttum zur KO ging davon aus, dass eine kongruente Deckung nicht einer Anfechtung wegen absichtlicher Gläubigerbenachteiligung unterliegen könne. Erst zu dem hierbei maßgeblichen Zeitpunkt der besonderen Insolvenzanfechtung gelte der Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz. Die Vorschriften seien daher spezialgesetzlich und verdrängten die Absichtsanfechtung.⁴³⁹ Nehme ein Gläubiger lediglich das an, worauf er einen Anspruch habe, könne ihm daraus jenseits der besonderen Anfechtung kein Vorwurf gemacht werden.⁴⁴⁰ Im Übrigen würde die Absicht, einen Gläubiger zu begünstigen, die Absicht, alle Gläubiger zu benachteiligen, ausschließen.⁴⁴¹

Allerdings folgten der Großteil der Literatur, das RG und schließlich der BGH dieser Ansicht zu Recht nicht. Schließlich gibt inzwischen zunächst der Wortlaut von § 133 InsO – alte sowie neue Fassung – keine Veranlassung, Deckungsanfechtungen per se von der Anfechtbarkeit nach § 133 InsO auszuschließen. Denn dieser setzt eine allgemeine Rechtshandlung voraus und nimmt keine Einschränkung vor.⁴⁴² Aufgrund divergierender Voraussetzungen und Normzwecke sind die §§ 130, 131 InsO auch keine spezialgesetzlichen Regelungen, die als *lex specialis* eine Verdrängung bewirken.⁴⁴³

Die Annahme einer normverdrängenden Konkurrenz ist daher abzulehnen. Gleichwohl sind die vorgetragenen Argumente nicht bedeutungslos. Die Anwendung von § 133 InsO darf nicht dazu führen, dass § 130 InsO obsolet wird und der im Umkehrschluss aus § 130

⁴³⁹ Cosack, Anfechtungsrecht, S. 81 ff., 114ff., Krasnopolski, Anfechtungsrecht, S. 37 f., Eck, ZHR 29 (1884), 296, 302.

⁴⁴⁰ Eck, ZHR 29 (1884), 296, 302.

⁴⁴¹ Cosack, Anfechtungsrecht, S. 82.

⁴⁴² Lind, Auslegung, S. 55.

⁴⁴³ Lind, Auslegung, S. 55.

InsO zu gewinnende Vertrauenstatbestand in zeitlicher wie in inhaltlicher Sicht verletzt wird.⁴⁴⁴

2. Unlauterkeit

Ein Ansatz versuchte, dem Ausufern der Vorsatzanfechtung mit einer teleologischen Einschränkung mit der Maßgabe zu begegnen, dass die Unlauterkeit als weiteres Tatbestandsmerkmal zu prüfen sei.

Nach *Bork* war der Normzweck des § 133 InsO genau zu definieren. Dadurch werde eine normative Betrachtungsweise ermöglicht, die allein zu sachgerechten Ergebnissen führe. Die Rechtsprechung müsse einen „*Schritt zurück*“⁴⁴⁵ gehen und sich fragen, ob ihre Ergebnisse bei einer teleologischen, am Normzweck orientierten Betrachtung angemessen seien.⁴⁴⁶ § 133 InsO wolle missbilligenswertes, sozial inadäquates Verhalten verhindern. Orientiere man sich an diesem Telos, seien solche Fälle aus der Anfechtung herauszunehmen, die zwar den objektiven und subjektiven Tatbestand erfüllen, aber kein sozial inadäquates Verhalten darstellen. *Bork* will den Tatbestand des § 133 InsO also auf Fälle des sozial inadäquaten Verhaltens begrenzen.⁴⁴⁷

Auch nach *Lind*⁴⁴⁸ bedurfte es einer Einschränkung der Vorsatzanfechtung – zumindest bei Fällen kongruenter Deckung –, um sachlich gerechtfertigte Ergebnisse zu erhalten. Aber auch in Fällen von Inkongruenz müsse es eine Grenze der Anfechtbarkeit geben, um den Vertrauensschutz im Rechtsverkehr zu gewährleisten.⁴⁴⁹ Dies sei auch verfassungsrechtlich geboten, um die Interessen, der Gläubigergesamtheit und des Anfechtungsgegners in einen Ausgleich zu bringen und eine Interessenabwägung nicht einseitig zu Lasten des Anfechtungsgegners ausfallen zu lassen.⁴⁵⁰ Die Anfechtung müsse sich an dem Verhältnis von § 130, § 131 InsO und § 133 InsO orientieren. Der Lösungsversuch des BGH, den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz aufgrund von Erfahrungssätzen abzubilden, gehe über die Ebene der Beweiswürdigung hinaus. Die Frage, wann eine anfechtbare Handlung vorliege, sei nicht im Rahmen der Beweiswürdigung zu entscheiden. Weder die entwickelten Beweisanzeichen noch eine teleologische Reduktion im Rahmen des

⁴⁴⁴ *Lind*, Auslegung, S. 106.

⁴⁴⁵ *Bork*, ZIP 2008, 1041, 1046.

⁴⁴⁶ *Bork*, ZIP 2008, 1041, 1046.

⁴⁴⁷ *Bork*, ZIP, 2008, 1041, 1046.

⁴⁴⁸ *Lind*, Auslegung, S. 107.

⁴⁴⁹ *Lind*, Auslegung, S. 122.

⁴⁵⁰ *Lind*, Auslegung, S. 107.

Vorsatzes würden einer sinnvollen Einschränkung entsprechen.⁴⁵¹ Ebenso sei es nicht ausreichend, dass eine inkongruente Handlung vorliege. Dies ergebe sich aus dem Verhältnis der Normen zueinander.⁴⁵² Vielmehr müsse das Merkmal der sozialen Inadäquanz selbst zum Kriterium werden.⁴⁵³ Die Deckungshandlung müsse vor dem Hintergrund ihrer Begleitumstände einen Verstoß „gegen den im Geschäftsverkehr zu erwartenden Grundsatz von Treu und Glauben“⁴⁵⁴ darstellen. Dabei könne der Terminus der Unlauterkeit weiterverwendet werden, und es könne auf die Begrifflichkeit der InsO selbst, siehe § 250 Nr. 2 InsO, zurückgegriffen werden. Zwar mache diese Ergänzung den Tatbestand nicht leichter in seiner praktischen Anwendung, sie bringe jedoch zum Ausdruck, dass die Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO vom Sinn und Zweck der Norm her in erster Linie eine Wertungsfrage sei. Die Unlauterkeit sei letztlich nicht in der Vorstellung des Schuldners, sondern in dem Vorgang selbst zu suchen.⁴⁵⁵

Auch nach *Paulus* bedurfte der Tatbestand der Vorsatzanfechtung einer Einschränkung. Diese müsse dahingehend erfolgen, dass § 133 InsO nur solche Rechtshandlungen erfasse, die mit einem betrügerischen Vorsatz, also mit fraudulös durchgeführten Aktionen verbunden seien.⁴⁵⁶ § 133 InsO habe durch die Gesetzesänderung und die damit verbundene Rechtsprechung eine „steile Karriere hin fast schon zur Generalklausel“⁴⁵⁷ gemacht und sich als „tragfähiges Vehikel zur Massemaximierung erwiesen“⁴⁵⁸. Allein durch die sprachliche Änderung der Vorschrift durch die Ersetzung der „Absicht“ durch „Vorsatz“ sei eine beeindruckende Rückgriffoption geschaffen worden.⁴⁵⁹ Ein derart weites Verständnis, wie es die bisherige Praxis präge, sei aber nicht mit der im Wortlaut von § 142 InsO angelegten Ausnahme vereinbar. Erst bei einer gravierenden Missachtung der Belange der übrigen Gläubiger sei das Zurücktreten der allgemeinen Verkehrsinteressen hinter dasjenige der Gläubigersamtheit gerechtfertigt.⁴⁶⁰ Anderenfalls drohe die Gefahr, dass § 133 InsO zu einem „allumfassenden, die anderen Anfechtungsregeln de facto überflüssig machenden Tatbestand mutiert“⁴⁶¹, der jede kongruente Deckung, jedes Bargeschäft erfassen könne. Dann würde der dem Wortlaut von § 142 InsO zugrundeliegende

⁴⁵¹ *Lind*, Auslegung, S. 113.

⁴⁵² *Lind*, Auslegung, S. 125.

⁴⁵³ *Lind*, Auslegung, S. 114.

⁴⁵⁴ *Lind*, Auslegung, S. 114.

⁴⁵⁵ *Lind*, Auslegung, S. 115.

⁴⁵⁶ *Paulus*, FS Fischer, S. 445, 457.

⁴⁵⁷ *Paulus*, FS Fischer, S. 445, 457.

⁴⁵⁸ *Paulus*, FS Fischer, S. 445, 457.

⁴⁵⁹ *Paulus*, FS Fischer, S. 445, 457.

⁴⁶⁰ *Paulus*, FS Fischer, S. 445, 457.

⁴⁶¹ *Paulus*, FS Fischer, S. 445, 458.

Ausgleich der widerstreitenden Interessen in der Anfechtung in ihr Gegenteil verkehrt werden, indem der Ausnahmetatbestand zur Regel und der Regeltatbestand zur Ausnahme gemacht werde.⁴⁶² Auf diese Weise würden unzählige Transaktionen pauschal mit einem Gefährdungspotential, das ihnen von Gesetzeswegen gar nicht anhaften sollte, unter das Regime der Insolvenzanfechtung gestellt.⁴⁶³

Jacoby plädierte für eine Reduktion der Vorsatzanfechtung in all jenen Fällen, in denen das Schuldnerhandeln Ausdruck einer gemessen am Gläubigerinteresse angemessenen Unternehmensfortführung ist.⁴⁶⁴

3. Bargeschäft

Ausgehend von der Auslegung der Norm wurde eine Lösung vorgeschlagen, wonach Bargeschäfte aus der Vorsatzanfechtung auszunehmen seien.⁴⁶⁵ Dieser Ansatz ging davon aus, dass ein sozial inadäquates Verhalten, wie es § 133 InsO fordere, bei Bargeschäften, insbesondere im Rahmen von sanierungs- oder insolvenzberatenden Tätigkeiten, stets nicht gegeben sei.⁴⁶⁶

An dieser Stelle ist anzumerken, dass zwar auch die Rechtsprechung anerkannte, dass der Benachteiligungsvorsatz beim Vorliegen eines Bargeschäftes oder beim Vorliegen von Sanierungsbemühungen entfallen könne. Die Anforderungen hieran sind jedoch hoch, so dass es auch beim Vorliegen dieser Tatbestände zu einer Anfechtung innerhalb von zehn Jahren vor der Insolvenzantragsstellung kommen kann.

Indem § 142 InsO a.F. im Rahmen von § 133 Abs. I InsO a.F. keine Anwendung fand, habe sich aus der Vorsatzanfechtung eine „Nuklearwaffe“⁴⁶⁷ gegen solche Bemühungen ergeben, die der Gesetzgeber doch nach eigenen Bekunden gerade fördern wollte⁴⁶⁸, und gegen den Telos von § 142 InsO, der dem Schuldner die weitere Teilhabe am wirtschaftlichen Leben ermöglichen solle.⁴⁶⁹ Durch die Nichtanwendbarkeit der Bargeschäftsausnahme in § 133 Abs. 1 S. 2 InsO a.F. im Rahmen der Vorsatzanfechtung würden Sanierungsbemühungen zudem gefährdet werden.

⁴⁶² *Paulus*, FS Fischer, S. 445, 454.

⁴⁶³ *Paulus*, FS Fischer, S. 445, 454.

⁴⁶⁴ *Jacoby*, KTS 2009, 3.

⁴⁶⁵ *Paulus*, BB 2001, 425.

⁴⁶⁶ *Bork*, ZIP 2008, 1041, 1046; *Paulus*, BB 2001, 425, 429.

⁴⁶⁷ *Paulus*, BB 2001, 425, 429.

⁴⁶⁸ *Paulus*, BB 2001, 425, 429.

⁴⁶⁹ BT-Drucks. 12/2443, S. 167.

Daher sei der Anwendungsbereich der Bargeschäftsausnahme im Einklang mit den gesetzgeberischen Intentionen auszudehnen.⁴⁷⁰ Diese Überlegung beruhe zum einem auf dem Ziel des Insolvenzverfahrens, auch Bemühungen zum Erhalt des schuldnerischen Unternehmens zu fördern. Hinzu trete eine systematische Erwägung: Sofern sich die Bargeschäftsausnahme nur auf die Anfechtungsregelungen nach §§ 130, 131 InsO beziehe, sei die systematische Stellung am Ende aller Anfechtungstatbestände irreführend.⁴⁷¹ Sie wäre dann hinter den §§ 130, 131 und vor der Anfechtung wegen vorsätzlicher Benachteiligung zu verorten. Somit wäre nicht mehr allein auf die Weggabe durch den Schuldner abzustellen, sondern auch auf die damit einhergehende Vermögensumschichtung.⁴⁷²

4. Elemente einer intensiveren Interpretation des § 133 InsO

a) Vorwurf der Realitätsferne

Der Rechtsprechung des BGH wurde von der Fachliteratur teilweise vorgeworfen, sie bewege sich fernab jeglicher Realität.⁴⁷³ Ein solcher Eindruck ergebe sich auch aus den Forderungen der Wirtschaft an den Gesetzgeber. Gängige und bewährte Geschäftspraktiken müssten infrage gestellt werden, wenn man einer Anfechtung entgehen wolle. Die Rechtsprechung habe keinen Spielraum mehr für „*Gnade und Verständnis im Geschäftsleben*“⁴⁷⁴ gelassen. Der einzige Rat, den man einem Unternehmer geben könne, um einer Anfechtung zu entkommen, sei der, bei jedem ersten Anzeichen für Liquiditätsprobleme eines Geschäftspartners die Zusammenarbeit mit ihm sofort abubrechen. Die Folgen, die sich für die Wirtschaft daraus ergäben, seien „*desaströs*“.⁴⁷⁵

Dies zeige sich insbesondere bei Ratenzahlungsvereinbarungen, die im Geschäftsverkehr nicht nur üblich, sondern notwendig seien.⁴⁷⁶ Besonders deutlich sei dieses Dilemma in Branchen, in denen Verbundgruppen als eingetragene Genossenschaften organisiert sind. In diesem Fall seien sie gem. § 1 GenG dem Förderauftrag entsprechend verpflichtet, in wirtschaftlich schwierigen Zeiten Verantwortung zu übernehmen und den Schuldner finanziell, etwa durch Ratenzahlungsvereinbarungen, zu unterstützen.⁴⁷⁷

⁴⁷⁰ Paulus, BB 2001, 425, 429.

⁴⁷¹ Lwowski/Wunderlich, in: FS Kirchhof, 301, 305.

⁴⁷² Paulus, BB 2001, 425, 429.

⁴⁷³ Hutschenreuther/Neugebauer, ZInsO 2013, 1221.

⁴⁷⁴ Hutschenreuther/Neugebauer, ZInsO 2013, 1221.

⁴⁷⁵ Hutschenreuther/Neugebauer, ZInsO 2013, 1221: Positionspapier, ZInsO 2013, 2312, 2314.

⁴⁷⁶ Fawzy/Köchling, ZInsO 2014, 1073, 1075 f.

⁴⁷⁷ Fawzy/Köchling, ZInsO 2014, 1073, 1076.

Die Rechtsprechung orientierte sich laut *Fawzy/Köchling* an einem Idealbild, das nicht existiere.⁴⁷⁸ Dadurch würden nicht nur geschäftsübliche Praktiken zum Opfer von Anfechtungen, wodurch eine Rückzahlung bereits erhaltener Leistungen drohe. Auch das Vertrauen der Wirtschaftsteilnehmer in den Rechtsverkehr gehe verloren. Um Anfechtungsrisiken zu vermeiden, müsste die Zusammenarbeit mit einem schwächelnden Geschäftspartner eigentlich vorsorglich bei jedem Anzeichen von wirtschaftlichen Schwierigkeiten abgebrochen werden. Jegliche Sanierungsbemühungen und Sanierungsmöglichkeiten seien dadurch aber obsolet,⁴⁷⁹ obwohl der Sanierungsgedanke dem Insolvenzrecht eigentlich zugrunde liege.⁴⁸⁰ So habe sich die Vorsatzanfechtung zu einem „Schreckgespenst“ für jedes unternehmerische Risikomanagement entwickelt.⁴⁸¹

Grund dafür sei die Rolle der von der Rechtsprechung entwickelten Beweisanzeichen für die Kenntnis des Gläubigers von der (zumindest drohenden) Zahlungsunfähigkeit des Schuldners.

b) Auslegung der Norm

Die Notwendigkeit eines zusätzlichen Unlauterkeitsmerkmals wurde daneben mit der Auslegung der Norm begründet. Erst der weit gefasste Wortlaut der Norm habe den Gerichten jene Auslegungsmöglichkeit eröffnet, wonach der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners zu vermuten sei, sobald der Schuldner zahlungsunfähig ist. Hinzu würden die entwickelten Beweisanzeichen treten, die die gesetzliche Vermutungsregel in § 133 Abs. 1 S. 2 InsO ausfüllen. Zwar decke eine rein grammatikalische Betrachtung des Wortlauts von § 133 Abs. 1 InsO diese Auslegung,⁴⁸² vielfach werde jedoch angeführt, die Rechtsprechung beschränke sich auf diese und berücksichtige andere Auslegungsmethoden nicht ausreichend.⁴⁸³

aa) Historisch-teleologische Auslegung

Zur Auslegung der Vorsatzanfechtung wurde von der Literatur zum einen die historisch-teleologische Perspektive herangezogen. Das Konkursrecht übernahm die Funktion der gemeinrechtlichen *actio pauliana*. Durch dieses sollten betrügerische Rechtshandlungen des Gemeinschuldners bestraft und deren „böswillige, auf arglistige Verkürzung der

⁴⁷⁸ *Fawzy/Köchling*, ZInsO 2014, 1073, 1076.

⁴⁷⁹ *Fawzy/Köchling*, ZInsO 2014, 1073, 1075 f.

⁴⁸⁰ *Fawzy/Köchling*, ZInsO 2014, 1073, 1077.

⁴⁸¹ *Fawzy/Köchling*, ZInsO 2014, 1073, 1077.

⁴⁸² *Foerste*, ZInsO 2013, 897, 898.

⁴⁸³ *Foerste*, ZInsO 2013, 897, 898.

Gläubiger“ gerichtete Absicht sanktioniert werden.⁴⁸⁴ Zahlungen, bei denen kein Betrug vorlag, waren von der Anfechtung ausgenommen. Eine bewusste Schuldtilgung auf Kosten der übrigen Gläubiger sollte nicht ohne weiteres der Anfechtung ausgesetzt sein.⁴⁸⁵ Angeführt wurde, dass dies auch im Rahmen der Vorsatzanfechtung gem. § 133 InsO (a.F.) gelte. Zwar habe sich der Wortlaut weg von einer Absicht, hin zu einer vorsätzlichen Benachteiligung geändert, nicht aber die Perspektive des Gesetzgebers. Die Regelung solle der bisherigen Absichtsanfechtung entsprechen.⁴⁸⁶ Der Gesetzgeber gehe seinerseits noch davon aus, dass die materielle Anforderung in der neuen Regelung beibehalten werde. Die Änderung des Begriffes *Absicht* in *Vorsatz* habe lediglich eine Anpassung an die bereits geltende Auffassung bedeutet, wonach eine Absicht im technischen Sinne nicht erforderlich gewesen sei, sondern bereits der bedingte Vorsatz unter dem zusätzlichen Erfordernis des Unlauterkeitsmerkmals genügt habe.⁴⁸⁷ Eine Änderung des geltenden Rechtszustandes sei daher nicht nötig gewesen.⁴⁸⁸

Die Insolvenzordnung habe als Reformgesetz die Masse und das Anfechtungsrecht stärken sollen, dies war das Motiv des Gesetzgebers. Für § 133 InsO bedeute dies aber nicht, dass die Vorsatzanfechtung nunmehr ein Instrument der Massestärkung sein solle, vielmehr solle sie weiterhin einen sanktionierenden Charakter haben. Ziel der Neufassung sei eine Anpassung mit dem Ziel einer Beweiserleichterung für den Insolvenzverwalter zur Durchsetzbarkeit eines auf § 133 InsO gestützten Rückgewähranspruchs gewesen.⁴⁸⁹ Dabei könne das Motiv der Massestärkung nicht als übergeordnetes Telos genutzt werden, um auf diesem Wege die Frage nach dem konkreten Sinn und Zweck jeder einzelnen Anfechtungsnorm unbeantwortet zu lassen.

Im Einklang mit dem Wortlaut von § 133 InsO (a.F.), jedoch gegen den in der Gesetzesbegründung deutlich zum Ausdruck kommenden Willen des Gesetzgebers sei das Merkmal der Unlauterkeit von der Rechtsprechung ausdrücklich aufgegeben worden.⁴⁹⁰

⁴⁸⁴ Motive KO, S. 138.

⁴⁸⁵ Foerste, ZInsO 2013, 897, 899; Foerste, NZI 2006, 6, 7.

⁴⁸⁶ BGH, ZInsO 2010, 226, Rn 7.

⁴⁸⁷ Fawzy/ Köchling, ZInsO 2014, 1073, 1074; BT- Drucks 12/2443, S. 160.

⁴⁸⁸ BT-Drucks. 12/2443, S. 160.

⁴⁸⁹ Fawzy/ Köchling, ZInsO 2014, 1073, 1074, BT-Drucks. 12/2443, S. 160.

⁴⁹⁰ BGH, NZI 2003, 597, 598.

Nach einer historischen Auslegung von § 133 InsO (a.F.) sei daher das Kriterium der Verwerflichkeit oder jenes der Unlauterkeit der Gläubigerbenachteiligung als ungeschriebene Voraussetzung zu beachten.⁴⁹¹

bb) Telos

Aber auch aus einer teleologischen Auslegung ergebe sich eine tatbestandliche Einschränkung. Denn § 133 InsO gehöre gerade nicht zur besonderen Anfechtung, deren Ziel es sei, die Vorverlagerung der Gläubigergleichbehandlung zu bewirken. Die Vorsatzanfechtung zielen vielmehr auf eine Sanktionierung eines unredlichen, sozial inadäquaten Schuldnerverhaltens. Eine damit möglicherweise einhergehende Anreicherung der Insolvenzmasse sei nur ein Reflex der Sanktionierung und nicht Sinn und Zweck der Regelung.⁴⁹² Diese *Ratio legis* spiegle sich in den subjektiven Tatbestandsmerkmalen der Vorsatzanfechtung wieder.⁴⁹³ Dieser Ratio und dem damit verbundenen Willen des Gesetzgebers folgte der BGH noch im Rahmen der Absichtsanfechtung nach § 31 KO, die Absichtsanfechtung wurde dort als beidseitiger Betrug verstanden. Bei einer kongruenten Deckung reichte die Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit für einen unredlichen Vorsatz nicht aus.⁴⁹⁴

Zudem sei das allgemeine Telos des Anfechtungsrechtes und auch jenes der Insolvenzordnung zu berücksichtigen. § 1 InsO normiere die erklärten Ziele des Insolvenzverfahrens. Darunter falle neben einer gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger auch der Erhalt des Unternehmens. Die Sanierung sei somit ein erklärtes Ziel des Insolvenzverfahrens, welches gefördert werden müsse. Dies müsse neben der Gläubigerbefriedigung ebenfalls berücksichtigt werden, was bislang jedoch nur halbherzig erfolge.⁴⁹⁵ Ordne man das Insolvenzrecht auch in sein wirtschaftliches Umfeld ein, erkenne man das „*Herzstück dieser Gemeinsamkeiten*“⁴⁹⁶. Es bestehe in dem Bestreben unproduktiv gewordene Güter, Waren – also sämtliches Vermögen – und Arbeitsplätze möglichst zügig in ihre optimale Produktivität zurückzuführen.⁴⁹⁷ Diese Bestrebungen finde man auch anderorts im Gesetz, etwa in § 49 Abs. 3 GmbHG. Der Schuldner, der sich in einer beginnenden Krise

⁴⁹¹ Foerste, ZInsO 2013, 897, 901.

⁴⁹² Fawzy/Köchling, ZInsO 2014, 1073.

⁴⁹³ Fawzy/Köchling, ZInsO 2014, 1073.

⁴⁹⁴ Fawzy/Köchling, ZInsO 2014, 1073, 1074, BGH, NJW 1991, 2144, 2145.

⁴⁹⁵ Paulus, FS Fischer, S. 445, 447.

⁴⁹⁶ Paulus, FS Fischer, S. 445, 447, Paulus, ZIP 2000, 2189.

⁴⁹⁷ Paulus, FS Fischer, S. 445, 447.

befinde, solle diese überwinden.⁴⁹⁸ Eine solche systematische Betrachtung zeige die Bedeutung sämtlicher Versuche, Sanierungsbemühungen zu schützen und eine Restrukturierung zu ermöglichen. Die Funktion der Insolvenz als Mittel von Sanierung und Restrukturierung könne nicht umfassend genug gewürdigt werden. Verhängnisvoll wäre es deshalb, wenn man sich allein mit der Befriedigungsperspektive begnüge und außer Betracht lasse, dass das Insolvenzverfahren das „*letzte Glied in der Kette jener Rettungsversuche*“⁴⁹⁹ sei, die dem Erhalt von Vermögenswerten und von Arbeitsplätzen diene.⁵⁰⁰ Sehe man das Insolvenzrecht im Zusammenhang mit dem Wirtschaftsrecht, so ergebe sich daraus konsequenterweise, dass eine Sanierung den Vorrang vor einer Liquidation genieße.⁵⁰¹

Zudem berühre das Insolvenzrecht sowohl auf Gläubigerseite als auch auf Schuldnerseite verfassungsrechtlich geschützte Interessen. Die gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger sei ein Ausdruck der durch Art. 14 GG geschützten Eigentumsfreiheit, gleichzeitig bedeute eine anteilige Befriedigung einen gerechten Ausgleich unter den Gläubigern im Sinne von Art. 3 GG. Verschaffe sich ein Gläubiger in der Krise auf Kosten der anderen einen Vorteil, so würden deren subjektiven, in Art. 14 GG verfassungsrechtlich geschützten Rechte beeinträchtigt werden.⁵⁰² Die Anfechtung mache diese Beeinträchtigung wieder rückgängig. Gleichzeitig beeinträchte jedoch auch die Anfechtung verfassungsrechtlich geschützte Rechte. Die Garantie der Privatautonomie sei als verfassungsrechtliche Norm geformt, die prägend für unsere Rechtsordnung sei.⁵⁰³ Das Anfechtungsrecht setze dieser Norm deutliche Grenzen.⁵⁰⁴ Zwischen diesen divergierenden Interessen müsse daher ein gerechter Ausgleich im Sinne einer praktischen Konkordanz gefunden werden. Durch ein einseitiges Abstellen auf die Gläubigerbefriedigungsperspektive könne dies jedoch nicht erreicht werden. Jede Verschärfung des Anfechtungsrechts führe daher zu Einbußen der Rechtssicherheit im geschäftlichen Verkehr und damit auch der Privatautonomie.⁵⁰⁵ Angesichts des Schutzes der Privatautonomie durch das Grundgesetz dürfe das

⁴⁹⁸ Paulus, FS Fischer, S. 445, 447.

⁴⁹⁹ Paulus, FS Fischer, S. 445, 448.

⁵⁰⁰ Paulus, FS Fischer, S. 445, 448.

⁵⁰¹ Paulus, FS Fischer, S. 445, 448.

⁵⁰² Henckel, FS Gerhardt, 2004, S. 361, 377.

⁵⁰³ Paulus, FS Fischer, S. 445, 451.

⁵⁰⁴ Paulus, FS Fischer, S. 445, 450.

⁵⁰⁵ Paulus, FS Fischer, S. 445, 451.

Anfechtungsrecht daher nur in besonderen Fällen einer ausdehnenden Interpretation zugänglich sein.⁵⁰⁶

cc) Systematik

(1) Das Verhältnis von § 133 InsO und § 130 InsO

Des Weiteren war das systematische Verhältnis von § 133 InsO (a.F.) und §§ 130 InsO zu betrachten.

Die Deckungsanfechtung nach § 130 InsO zielt auf die Gleichbehandlung der Insolvenzgläubiger, die Vorsatzanfechtung soll Nachteile für die Masse ausgleichen, unabhängig davon, wer von den Massenachteilen profitiert. Das Telos der Normen § 130 InsO und § 133 Abs. 1 InsO war und ist unterschiedlich.⁵⁰⁷ Grundsätzlich konnten und können die Anfechtungsregelungen daher selbständig nebeneinander angewandt werden.⁵⁰⁸

Lind wies jedoch darauf hin, dass eine extensive Auslegung von § 133 InsO (a.F.) die Gefahr berge, die Grenzen der Deckungsanfechtung zu umgehen. § 130 enthalte in seiner Umkehrung auch einen Vertrauensschutz zugunsten des Rechtsverkehrs⁵⁰⁹: Denn Sinn und Zweck der Normen sei die Überwindung der Diskrepanz zwischen den Zeitpunkten der materiellen und der formellen Krise, um eine Gläubigergleichbehandlung zu erzielen.⁵¹⁰ Umgekehrt bedeute dies, dass keine Anfechtung wegen kongruenter Deckungen oder inkongruenter Deckungen in einem vorigen Zeitraum erfolge. Auf diese Aussage vertraue der Rechtsverkehr in schützenswerter Weise. Dieses Vertrauen gehe jedoch verloren, wenn die Vorsatzanfechtung – ohne weitere Voraussetzungen – auch in dem vorherigen Zeitraum (neundreiviertel Jahre statt einem viertel Jahr) Anwendung finde, sobald der Gläubiger die bestehende Zahlungsunfähigkeit des Schuldners kenne.⁵¹¹ Würde man im Rahmen von § 133 Abs. 1 InsO die Grundsätze der Rechtsprechung anwenden, wäre ein Vorsatz bei kongruenten Deckungen immer dann gegeben, wenn der Schuldner einen Gläubiger befriedigt und dabei weiß oder für möglich hält, dass sein Vermögen nicht ausreichen wird, die übrigen Gläubiger zu befriedigen. Demnach würde ein Sachverhalt, der nach § 130 InsO nicht zur Anfechtung berechtigt, regelmäßig unter § 133 (a.F.) InsO fallen. § 133 InsO (a.F.) gehe sogar weiter, da hier die Kenntnis der drohenden

⁵⁰⁶ *Paulus*, FS Fischer, S. 445, 451.

⁵⁰⁷ *Foerste*, NZI 2006, 6, 3.

⁵⁰⁸ *Lind*, Auslegung, S. 51.

⁵⁰⁹ *Lind*, Auslegung, S. 105, *Foerste*, NZI 2006, 6, 7.

⁵¹⁰ *Lind*, Auslegung, S. 34.

⁵¹¹ *Lind*, Auslegung, S. 105f.

Zahlungsunfähigkeit ausreichend ist. Zwar zielt § 130 InsO nur auf die Kenntnis des späteren Anfechtungsgegners ab, es werde aber nur wenige Fälle geben, in denen der Anfechtungsgegnere Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners hat und dieser nicht.⁵¹² Im Ergebnis werde § 130 InsO damit obsolet und der in § 130 InsO enthaltene Vertrauenstatbestand verletzt.⁵¹³ Diese *Überflüssigkeit* der Norm widerspreche aber ihrem Sinn und Zweck sowie dem Bestimmtheitsgebot, an dem sich jede Rechtsnorm messen lassen müsse. Die kongruenten Deckungen sollten daher nicht ohne weiteres außerhalb der besonderen Anfechtungsregelungen durch eine Vorsatzanfechtung angegriffen werden.⁵¹⁴

Weiter wurde angeführt, dass der Schuldner nicht allein deswegen Zahlungen verweigern könne, weil sie zu einer Benachteiligung der Gläubiger führten, da für den Schuldner schließlich eine Rechtspflicht zur Zahlung bestehe.⁵¹⁵ Die Anfechtungsregelungen enthielten nicht die Möglichkeit, eine Zahlung zu verweigern.⁵¹⁶

(2) Verhältnis zu § 142 InsO

Im Rahmen der Vorsatzanfechtung gem. § 133 InsO a.F. gab es keine Ausnahme für das Bargeschäft. Dieses soll dem Schuldner zwar ermöglichen, weiterhin am Wirtschaftsleben teilzunehmen. Eine weite Auslegung der Vorsatzanfechtung habe diese Möglichkeit jedoch gefährdet. Es habe daher die Gefahr bestanden, dass § 142 InsO entwertet werden könnte.⁵¹⁷

(3) Verhältnis zu § 131 InsO

§ 131 InsO erfasst inkongruente Deckungen. Bei einer Vorsatzanfechtung werden im Falle einer Inkongruenz die Anforderungen an die Feststellung des Vorsatzes herabgesetzt, denn im Allgemeinen sei der Schuldner nicht dazu bereit, anders oder früher zu leisten als er schulde. Daher liege die Vermutung nahe, dass der Schuldner bestimmte Gläubiger bevorzuge, um andere zu benachteiligen, wenn er früher oder anders leiste.⁵¹⁸ Bereits das RG⁵¹⁹ entnahm der Inkongruenz eine positive Tatsachenvermutung, und der

⁵¹² Lind, Auslegung, S. 106.

⁵¹³ Lind, Auslegung, S. 106, Foerste, ZInsO 2013, 897, 902.

⁵¹⁴ Foerste, NZI 2006, 6, 7.

⁵¹⁵ Plander, BB 1972, 1480.

⁵¹⁶ Lind, Auslegung, S. 107.

⁵¹⁷ Foerste, ZInsO 2013, 897, 902; Schoppmeyer, ZIP 2009, 600, 604; Jacoby, KTS 2009, 3, 21.

⁵¹⁸ BGH, ZIP 1997, 513, 515, BGH, ZIP 1998, 2008, 2001.

⁵¹⁹ RG, LZ 1908, Sp. 72; RG, JW 1911, 193, 194.

BGH⁵²⁰ führte dies sowohl unter der Geltung der KO als auch der InsO weiter. Die Gewährung einer inkongruenten Deckung stelle ein starkes Beweisanzeichen für den Benachteiligungsvorsatz dar. Die Intensität dieses Beweisanzeichens richte sich nach dem Ausmaß der Inkongruenz.⁵²¹ Liege eine Inkongruenz vor und würden keine anderen Umstände vom Anfechtungsgegner vorgetragen, die zur Entkräftung des Benachteiligungsvorsatzes und der Kenntnis hiervon ausreichen, könne dies für den Nachweis der subjektiven Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO genügen.⁵²²

Gegen diese Vorgehensweise wurde angeführt, dass sich der Gesetzgeber durch die Einführung von § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO für eine Trennung der inkongruenten Deckung von der Vorsatzanfechtung entschieden habe. § 131 InsO verdränge daher die Anfechtung nach § 133 InsO (a.F.), wie dies unter der Geltung der KO der Fall war.⁵²³ Andere Autoren sind jedoch der Ansicht, dieser Schluss sei nicht zwingend. § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO zeige laut *Lind*, dass es sich um einen besonders geregelten Fall der Vorsatzanfechtung handle; dies führe aber nicht zwangsläufig zu dem Ergebnis, dass damit eine abschließende Regelung beabsichtigt gewesen sei. Insbesondere im Hinblick auf die Intention des Gesetzgebers, die Anfechtungsmöglichkeiten zu erweitern und nicht einzuschränken, sei eine solche Schlussfolgerung abzulehnen.⁵²⁴

Allerdings war laut *Lind* das Verhältnis von § 131 InsO zu § 133 InsO (a.F.) zu betrachten. Die Grenze einer Anfechtung sei – wie bei der Anfechtung kongruenter Deckungen – dort zu ziehen, wo das schutzwürdige Vertrauen in den Rechtsverkehr gefährdet würde. Dieser Schutz dürfe auch von § 133 InsO (a.F.) nicht ausgehöhlt werden.⁵²⁵ § 131 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 InsO liege der gleiche Schutzzweck wie § 130 InsO zugrunde: Die Gleichbehandlung der Gläubiger solle auf den Zeitpunkt der materiellen Krise vorverlegt werden, um die Diskrepanz zwischen materieller und formeller Insolvenz zu überbrücken.⁵²⁶ Das Vorliegen der Krise und die Kenntnis hiervon – die in § 131 InsO unwiderleglich

⁵²⁰ BGHZ 136, 309, 311; BGHZ 157, 242, 245; BGH, ZIP 2002, 228, 229f.

⁵²¹ BGHZ 137, 267, 283.

⁵²² BGH, ZIP 2004, 1370, 1372.

⁵²³ *Henckel*, Insolvenzanfechtung, Rn. 52, *Henckel*, FS BGH S. 785, *Paulus*, WM 2000, 2225, 2230, *Paulus/Schröder*, WM 1999, 253, 254.

⁵²⁴ *Lind*, Auslegung, S. 122.

⁵²⁵ *Lind*, Auslegung, S. 121.

⁵²⁶ *Lind*, Auslegung, S. 26, 34.

vermutet werde – könnten daher aus systematischer Überlegung heraus noch nicht ausreichen, um eine Anfechtung außerhalb der Voraussetzungen des § 131 Abs. 1 InsO zu gestatten.⁵²⁷

(4) Verhältnis zu § 3 Abs. 1 AnfG

Zum Vergleich war auch § 3 Abs., 1 AnfG heranzuziehen. Der Zweck von § 3 AnfG besteht in der Sanktionierung von solchen Geschäften, die zur Gläubigerbenachteiligung vorgenommen wurden und von denen der Anfechtungsgegner Kenntnis hatte. Zugleich ist dieser Zweck die Legitimationsgrundlage vom § 12 AnfG.⁵²⁸ Unter dem in § 3 AnfG geforderten Benachteiligungsvorsatz könne jedoch nicht der Wille verstanden werden, einen von mehreren gleichrangigen Gläubiger zu bevorzugen. Dies passe nicht zur Rechtsfolge des § 12 AnfG, denn dieser müsste ansonsten eine gleichmäßige Gläubigerbefriedigung fordern. § 3 Abs. 1 AnfG verfolge somit den Zweck, dafür Sorge zu tragen, dass der Schuldner in Erwartung seines wirtschaftlichen Zusammenbruchs nicht erfolgreich seine Vermögensgegenstände beiseiteschaffen könne.⁵²⁹

Der Wortlaut von § 3 Abs. 1 AnfG und jener von § 133 InsO a.F. stimmten nahezu überein. Insofern spreche wenig dafür, dass man einem Vollstreckungsgläubiger ein Recht auf eine anteilige Befriedigung aus der Insolvenzmasse zubilligen müsste, wenn über das Vermögen des Schuldners zuvor ein Insolvenzverfahren eröffnet worden wäre. Denn die Begleichung einer gewöhnlichen Forderung sei nach § 3 Abs. 1 AnfG nicht anfechtbar. Daran müsse man sich auch im Rahmen von § 133 InsO orientieren.⁵³⁰

(5) Ergebnis

Im Ergebnis seien die §§ 130, 131 und 133 InsO durch ein insolvenzrechtliches Abstandsgebot miteinander verbunden.⁵³¹ Es sei nicht wünschenswert, dass die §§ 130, 131 InsO sowohl in ihrer anfechtungsbegründenden, positiven Aussage, als auch in ihrer negativen Abgrenzungsfunktion bedeutungslos würden.⁵³² Doch die Rechtsprechung berücksichtige das Verhältnis der Normen kaum. Stattdessen finde eine Umkehr des Regel-Ausnahme-Prinzips, welches in den §§ 130 ,131 ,133 (a.F.) InsO angelegt sei, statt.⁵³³ Die

⁵²⁷ Lind, Auslegung, S. 121f.

⁵²⁸ Jensen, NZI 2011, 798, 800.

⁵²⁹ Jensen, NZI 2011, 798, 800.

⁵³⁰ Jensen, NZI 2011, 798, 800 f.

⁵³¹ Thole, ZIP 2013, 2082.

⁵³² Thole, ZIP 2013, 2082.

⁵³³ Priebe, ZInsO 2013, 2479, 2481.

Anfechtung nach §§ 130, 131 InsO scheine nur noch ein untergeordneter Sonderfall der Vorsatzanfechtung zu sein.⁵³⁴ Die Vertrauenstatbestände, die sich aus der Umkehr des Tatbestandes von § 130 und § 131 InsO ergäben, würden nicht hinreichend berücksichtigt. Dadurch werde § 133 InsO (a.F.) zu einer „*Super-Deckungsanfechtung*“⁵³⁵ ausgebaut. Die Vorsatzanfechtung, die ihrem Sinn und Zweck nach sozial inadäquate Verhaltensweisen sanktionieren solle, werde zu einer Art Auffangtatbestand für den Insolvenzverwalter.⁵³⁶ Wenn die unterschiedliche Zielrichtung und die unterschiedliche Struktur der Anfechtungstatbestände in der Praxis der Rechtsprechung aufgehoben würden, führe dies zu einer systemwidrigen Verkehrung des Stufenverhältnisses der Anfechtungstatbestände.⁵³⁷

Darüber hinaus wurde dem BGH teilweise vorgeworfen, eine verdeckte Rechtsfortbildung vorgenommen zu haben⁵³⁸, er habe sich damit „*in eine(r) normsetzende Instanz*“⁵³⁹ verwandelt und daher verfassungswidrig gehandelt.⁵⁴⁰ Die Erweiterung der Anfechtungsfrist der §§ 130, 131 InsO von drei Monaten auf zehn Jahre durch die derzeitige Handhabung sei nämlich eine Entscheidung des Gesetzgebers und nicht die des BGH.⁵⁴¹

II. Replik

Doch auch an den hier referierten Ansichten der Literatur wurde wiederum Kritik geübt. Die entwickelten Beweisanzeichen seien keine realitätsferne Konstruktion. Vielmehr gelinge es damit, die im alltäglichen Geschäftsverkehr vorkommenden Geschehnisse und Abläufe nachvollziehbar abzubilden.⁵⁴² Die Rechtsprechung führe nicht zu einer Gefährdung des Wirtschaftsverkehrs, sondern dazu, dass potentielle Anfechtungsgegner ihre bisherige Praxis überdenken und verändern müssten.⁵⁴³ Die Richter wollten bewusst erzieherisch auf den Geschäftsverkehr einwirken. Zwar erleichterten die Beweisanzeichen das Vorgehen der Insolvenzverwalter, es entspreche jedoch der Intention des Gesetzgebers, lenkend auf eine möglichst frühzeitige Insolvenzantragsstellung hinzuwirken und eine gleichmäßige Gläubigerbefriedigung zu erreichen. Letztlich sei die Rechtsprechung des BGH Ausdruck seines Willens, das Verhalten der Beteiligten im Rechtsverkehr an

⁵³⁴ Priebe, ZInsO 2013, 2479, 2481.

⁵³⁵ Jensen, NZI 2011, 798, 801.

⁵³⁶ Fawzy/Köchling, ZInsO 2014, 1073, 1075.

⁵³⁷ Fawzy/Köchling, ZInsO 2014, 1073, 1075.

⁵³⁸ Foerste, ZInsO 2013, 897, 904.

⁵³⁹ Foerste, ZInsO 2013, 897, 901, er benutzt Zitat: BVerfGE 87, 273, 280.

⁵⁴⁰ Foerste, ZInsO 2013, 897, 901.

⁵⁴¹ Jensen, NZI 2001, 798, 801.

⁵⁴² Hutschenreuther/Neugebauer, ZInsO 2013, 1221, 1226.

⁵⁴³ Hutschenreuther/Neugebauer, ZInsO 2013, 1221, 1226.

den gesetzgeberischen Anforderungen auszurichten. Eine dahingehende Erziehung und Lenkung sei nicht zu beanstanden.⁵⁴⁴

Gegen die Auslegung von § 133 InsO (a.F.), wonach die Vorsatzanfechtung eine unlautere Absicht voraussetze, wurde angeführt, dass dies eine Voraussetzung der KO gewesen sei, und diese Regelung mit der InsO nicht verglichen werden könne. Denn diese Voraussetzung entstamme einer Zeit, in der der Tatbestand der Vorsatzanfechtung noch als unlautere Handlung verstanden wurde.⁵⁴⁵ Die Unlauterkeit sei im Rahmen des § 31 KO jedoch nicht als einschränkendes Tatbestandsmerkmal, sondern als Anhaltspunkt zur Abgrenzung, insbesondere bei kongruenten Deckungsgeschäften, verstanden worden.⁵⁴⁶

Der Wegfall des Unlauterkeitsmerkmals solle nicht überbewertet werden. Zu Recht sei § 133 InsO von seinen deliktischen Wurzeln abgerückt worden. Die notwendige Flexibilität der Anfechtung würde erhöht, wenn eine Unlauterkeit im engeren Sinne, ein Gesinnungsunrecht, nicht erforderlich wäre.⁵⁴⁷

Ansätze, die ein sozial inadäquates, missbilligendes, unlauteres Verhalten verlangen, würden den Wortlaut der Norm, der nur einen Vorsatz verlangt, übersehen.⁵⁴⁸ Die Änderung des Wortlautes bestätige die bis dahin geltende Rechtsprechung, die sich unlängst von einer Absicht im engeren Sinn verabschiedet hatte.⁵⁴⁹

Der Normanwender der InsO sei nicht auf Ewigkeiten an alte Bewertungen gebunden. Den Materialien zur InsO sei kein Beleg zu entnehmen, wonach eine Anfechtung im Rahmen der kongruenten Deckung nur bei unlauterem Verhalten möglich sei.⁵⁵⁰

Eine weitergehende Forderung nach einem zusätzlichen Unwerturteil im Rahmen der Vorsatzanfechtung werde des Weiteren zu einer Überschreitung oder einem Erreichen der Grenzen zum Verbotsgesetz oder zur Sittenwidrigkeit führen (§§ 134, 138 BGB). Es bestünden im Ergebnis Abgrenzungsschwierigkeiten zu den §§ 134, 138, 826 BGB. Auch ein Konflikt zu § 283c Abs. 1 StGB könne bestehen.⁵⁵¹ Bei einer Anwendung der Norm

⁵⁴⁴ *Hutschenreuther/Neugebauer*, ZInsO 2013, 1221, 1226.

⁵⁴⁵ MünchKomm, *Kayser*, § 133, Rn. 13b, RGZ 84, 242, 253.

⁵⁴⁶ MünchKomm, *Kayser*, § 133, Rn. 13b; *Bork* ZIP 2004, 1684, 1691.

⁵⁴⁷ *Thole*, ZIP 2013, 2087.

⁵⁴⁸ *Kayser*, NJW 2014, 422, 425.

⁵⁴⁹ *Kayser*, NJW 2014, 422, 425.

⁵⁵⁰ *Thole*, ZIP 2013, 2081.

⁵⁵¹ MünchKomm/*Kayser*, § 133 InsO, Rn. 13b.

in derartigen Grenzen erübrige sich § 133 InsO. Alles was übrig bleibe, ließe sich mit Hilfe strafrechtlicher Schutzgesetze und § 826 BGB erledigen.⁵⁵²

Sofern ein funktionierendes Insolvenzanfechtungsrecht gewollt sei, welches sowohl als Präventivmaßnahme als auch als Korrektiv für untergeordnete Insolvenzen und als Mittel der Massegenerierung dienen solle, um so die Grundvoraussetzungen für eine erfolgreiche Sanierung zu schaffen, sollten die von der Rechtsprechung entwickelten Regelungen in ihren Kern beibehalten werden.⁵⁵³ Würde ein unlauteres und somit juristisch kaum nachweisbares Verhalten zur Voraussetzung gemacht, könnte die Norm ihre Masse-schutzaufgabe nicht wirksam erfüllen.⁵⁵⁴

Zugleich sei das Merkmal der Unlauterkeit nicht zur Grenzziehung geeignet. Es stehe einer einheitlichen Handhabung der Vorsatzerfordernisse im Wege und begrenze die Prüfung auf bestimmte Umstände. Der Begriff der Unlauterkeit sei dehnbar und bedürfe daher der Umsetzung in Fallgruppen.⁵⁵⁵

Obwohl eine teleologische Reduktion, die sich nicht allein auf ein Unlauterkeitsmerkmal bezieht, als wertvoller Vorschlag mit Vorteilen wahrgenommen werde, bestehe hierfür bei einer sachgerechten Auslegung der Norm kein Bedarf.⁵⁵⁶ Bei einer sachgerechten Handhabung sei bereits das gewünschte Ergebnis hergestellt, nämlich jenes, dass nur Rechtshandlungen anfechtbar seien, in denen sich eine unangemessene Zurücksetzung der Gläubiger zeige.⁵⁵⁷

Auch der BGH habe stets betont, dass die Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung von einer Gesamtwürdigung der Indizienlage abhängig seien.⁵⁵⁸ So habe der BGH einer extensiven Auslegung bereits in einigen Punkten eine Absage erteilt.⁵⁵⁹

Recht pauschal werde behauptet, die Rechtsprechung habe sanierungsfeindliche Tendenzen, und insbesondere im Hinblick auf das ESUG müsse eine Entschärfung des Insolvenzanfechtungsrechts erfolgen. Die Sanierung werde jedoch in der Rechtsprechung be-

⁵⁵² Kayser, NJW 2014, 422.

⁵⁵³ Kayser, NJW 2014, 422.

⁵⁵⁴ Kayser, NJW 2014, 422, 425.

⁵⁵⁵ Thole, ZIP 2013, 2086.

⁵⁵⁶ Thole, ZIP 2013, 2086.

⁵⁵⁷ Thole, ZIP 2013, 2086.

⁵⁵⁸ Kayser, NJW 2014, 422, 423.

⁵⁵⁹ Kayser, NJW 2014, 422, 423.

rücksichtigt. Aus Sicht der Gläubiger müssten bei einem seriösen Sanierungsversuch jedoch *die Karten auf den Tisch* gelegt werden, um einen ernsthaften Versuch glaubhaft zu machen.⁵⁶⁰ Eine Differenzierung zwischen anfechtungswürdigen und unbedenklichen Fällen sei notwendig, um eine fiktive Sanierung, die nur zur Durchsetzung eigener Interessen erfolge, zu verhindern.⁵⁶¹ Insofern müsse ein Sanierungsversuch eine ernsthafte Grundlage erkennen lassen. Ein entlastendes Indiz stelle daher nur ein ernsthafter, aber letztlich fehlgeschlagener Sanierungsversuch dar.⁵⁶²

Ebenso erkenne der BGH eine Widerlegung der Indizien beim Vorliegen eines Bargeschäftes oder einer bargeschäftsähnlichen Lage an. Das Vorliegen eines solchen Falles könne dazu führen, dass die subjektiven Tatbestandsmerkmale des § 133 InsO gerade nicht erfüllt seien. Alltägliche Geschäfte, die einen engen zeitlichen, gleichwertigen Leistungsaustausch bewirken, könnten somit von der Anfechtung ausgenommen sein. Auf diese richte sich nicht zwangsläufig der Anfechtungsfokus.⁵⁶³ Vieles spreche in einem solchen Fall dafür, dass bei den Parteien der Leistungsaustausch derart im Vordergrund stehe, dass sie eine Gläubigerbenachteiligung ausschließen. Dies berücksichtige die Rechtsprechung bereits.⁵⁶⁴

Durch diese Handhabe führe die Vorsatzanfechtung zu angemessenen Ergebnissen. Die Berücksichtigung von Umständen, die die Beweisanzeichen entkräften, verhindere, dass alltägliche Geschäfte oder Maßnahmen – wie etwa Ratenlieferungsverträge – im Rahmen eines Sanierungsversuchs der Anfechtung unterliegen. Die richterliche Gesamtwürdigung nach § 286 ZPO lasse hinreichend Spielraum für eine Vielzahl von Fällen, um ein gerechtes Ergebnis zu finden.⁵⁶⁵

Auch das Verhältnis zwischen §§ 133 (a.F.), 134 InsO auf der einen und §§ 130, 131 InsO auf der anderen Seite stelle die Rechtsprechung nicht in Frage. Es belasse bei der vorgenommenen Gesamtbetrachtung hinreichend Spielraum und beantworte nur die Frage nach der Größe des Abstandes, und wie dieser zu bestimmen und auszufüllen sei, anders.⁵⁶⁶ Die Argumentation führe ins Leere, wenn ein Überschreiten der Grenzen der Deckungs-

⁵⁶⁰ Kayser, NJW 2014, 422, 423.

⁵⁶¹ Kayser, NJW 2014, 422, 424.

⁵⁶² Kayser, NJW 2014, 422, 427.

⁵⁶³ Kayser, NJW 2014, 422, 427.

⁵⁶⁴ Kayser, NJW 2014, 422, 427.

⁵⁶⁵ Kayser, NJW 2014, 422, 428.

⁵⁶⁶ Thole, ZIP 2013, 2083.

anfechtung angenommen werde, da die Vorsatzanfechtung zusätzliche Erfordernisse beinhalte.⁵⁶⁷ Hinzutrete, dass zur Feststellung der subjektiven Voraussetzungen stets eine Gesamtwürdigung anzustellen sei, die Raum für entlastende Umstände lasse.⁵⁶⁸

Im Übrigen könne selbst am Abstandsgebot gezweifelt werden, da anzuerkennen sei, dass auch die Befriedigung und die Besicherung einzelner Gläubiger den Normzweck von § 133 InsO (a.F.) tangiere.⁵⁶⁹

Beachte man aber die unterschiedlichen Schutzzwecke, ergebe sich gerade daraus, dass Deckungsgeschäfte im Rahmen von § 133 InsO (a.F.) unter einfacheren Voraussetzungen anfechtbar seien, wenn dies der Normzweck von § 133 InsO (a.F.) gebiete.⁵⁷⁰

Falsch sei zudem die widersprüchliche Schlussfolgerung aus einem kategorialen Unterschied der Normen: Auch nachrangige Insolvenzgläubiger seien Insolvenzgläubiger, die an die *conditio creditorum* gebunden seien. Zudem werde verkannt, dass die § 133 InsO (a.F.) zugrundeliegende Haftungsvereitelung auch durch Befriedigung und Besicherung einzelner Gläubiger erfolgen könne.⁵⁷¹

G. Stellungnahme

Die Kritik an der Vorsatzanfechtung gem. § 133 InsO a.F. setzt an den praktischen Auswirkungen und Ergebnissen an.

„Fernab der Realität“⁵⁷² habe sich die Rechtsprechung mit ihrer Handhabung der Anfechtungsnorm begeben. „Desaströs“ seien die Folgen für die Wirtschaft gewesen.⁵⁷³

Es wurde verstärkt nach einer neuen Regelung verlangt, die diese Folgen unterbinden sollte. Aber auch de lege lata konnte nach dem oben aufgezeigten Meinungsstand eine Anwendung des § 133 InsO a.F. erfolgen, die in der Lage war, das umhergehende *Gespensst der Vorsatzanfechtung* zu bändigen.⁵⁷⁴

⁵⁶⁷ Kayser, NJW 2014, 422, 425.

⁵⁶⁸ Kayser, NJW 2014, 422, 425.

⁵⁶⁹ Thole, ZIP 2013, 2083.

⁵⁷⁰ Thole, ZIP 2013, 2083.

⁵⁷¹ Thole, ZIP 2013, 2083.

⁵⁷² Hutschenreuther/Neugebauer, ZInsO 2013, 1221.

⁵⁷³ Hutschenreuther/Neugebauer, ZInsO 2013, 1221; Positionspapier, ZInsO 2013, 2312, 2314.

⁵⁷⁴ Priebe, ZInsO 2013, 2479.

Die dargelegte Argumentation ist jedoch zu überprüfen: Wie überzeugend sind die vorgebrachten Argumente? Sind ihre Schlüsse zwingend? Wie ist die Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO a.F. zu verstehen und anzuwenden?

I. Realitätsferne

Wie dargestellt, wurde der Rechtsprechung des BGH Realitätsferne vorgeworfen.⁵⁷⁵ Gängige und bewährte Geschäftspraktiken würden infrage gestellt – insbesondere zeige sich dies in der Gefährdung von im Geschäftsverkehr üblichen und notwendigen Ratenzahlungsvereinbarungen.⁵⁷⁶

Der erhobene Vorwurf der Realitätsferne – mag er von verschiedenen Unternehmen und Wirtschaftsverbänden auch so empfunden werden – ist jedoch kein zwingendes Argument gegen die Rechtsprechung des BGH zur Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO a.F. Es gibt keinen *Anspruch* der Wirtschaft gegenüber der gesetzgebenden und rechtsprechenden Gewalt, übliche Geschäftspraktiken zu schützen. Im Gegenteil: Es ist es durchaus möglich, dass Gesetzgeber und Richter gleichsam erzieherisch auf den Geschäftsverkehr einwirken und dadurch lenkend gegen übliche Praktiken vorgehen, wenn diese nach der Intention des Gesetzgebers nicht schützenswert und nicht aufrechterhaltenswert sind.⁵⁷⁷ Der üblichen Praxis im Wirtschaftsverkehr kann daher stets das *Erziehungs- und Lenkungsrecht* der gesetzgebenden und der rechtsprechenden Gewalt entgegengehalten werden.⁵⁷⁸

Die entscheidende Frage ist daher, ob die beanstandeten Ergebnisse von dem Gesetzgeber gewollt waren oder ob es sich um eine ungewollte Folge handelte.

Diese Frage sowie die Frage nach dem generellen Verständnis der Vorsatzanfechtung lassen sich richtigerweise nur durch Auslegung der Norm beantworten. Dabei ist auf die klassischen juristischen Auslegungsmethoden⁵⁷⁹ zurückzugreifen: Welche Bedeutung hat der Wortlaut der Norm, welches Ergebnis ergibt sich aus einer historischen Betrachtung und aus der Systematik der Vorsatzanfechtung, was gebietet Sinn und Zweck der Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO (a.F.)?

⁵⁷⁵ Hutschenreuther/Neugebauer, ZInsO 2013, 1221.

⁵⁷⁶ Fawzy/Köchling, ZInsO 2014, 1073, 1075 f.

⁵⁷⁷ Hutschenreuther/Neugebauer, ZInsO 2013, 1221, 1226.

⁵⁷⁸ Hutschenreuther/Neugebauer, ZInsO 2013, 1221, 1226.

⁵⁷⁹ Dargestellt etwa in: Korenke, Bürgerliches Recht, S. 208.

II. Wortlaut

Der Wortlaut der Norm, der nur den Vorsatz der Gläubigerbenachteiligung fordert, ist weit gefasst: Die Norm nennt in Absatz 1 keine weiteren Voraussetzungen. Der Wortlaut von § 133 Abs. 1 InsO setzte und setzt nicht zwangsläufig eine Einschränkung der Anfechtung auf unlautere Verhaltensweisen voraus. In der alten Regelung der KO wurde dagegen ausdrücklich eine Absicht gefordert. Festzuhalten ist, dass die Handhabung der Rechtsprechung von einer rein grammatikalischen Betrachtung gedeckt gewesen ist.⁵⁸⁰

Dennoch ist die Weite des Wortlautes nicht uneingeschränkt maßgebend. Der Wortlaut der Norm ist im Zusammenspiel mit weiteren Auslegungsmethoden zu betrachten. Eine mögliche teleologische Reduktion oder Extension ist der Rechtspraxis nicht fremd, sondern allgemein anerkannt.⁵⁸¹ Der Wortlaut allein gibt daher keine abschließende Antwort auf die Frage, wie die Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO (a.F.) auszulegen war und ist.

III. Historisch

Die Vorsatzanfechtung geht auf eine große Rechtstradition zurück, denn ihre Wurzeln finden sich im römischen Recht, in der *actio pauliana*, wieder. Die *actio* sanktionierte betrügerische Rechtshandlungen und böswillige Absichten des Schuldners.⁵⁸² Das Konkursrecht folgte diesen altrömischen Ansätzen, in dem es die *actio pauliana* in ein neues, modernes Gewand kleidete und im Anfechtungsrecht in § 31 KO aufnahm.

Wie gezeigt hatte sich die Perspektive des Gesetzgebers auch in der Neuregelung der Anfechtung in § 133 Abs. 1 InsO (a.F.) nicht zwingend geändert.⁵⁸³ Trotz Änderung des Wortlautes von Absicht zu Vorsatz sollte weiterhin ein unlauteres, böswilliges Verhalten gestraft werden. Man kann daher vertreten, dass die Unlauterkeit als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal weiterhin zu beachten war.⁵⁸⁴

Diese Lösung zeigt, dass die Vorsatzanfechtung als altbekanntes, traditionsreiches Institut ist, welches trotz Änderungen und Anpassungen im Kern stets die Sanktionierung der Böswilligkeit beibehielt. Dabei steht diese Interpretation unter der Prämisse, dass der his-

⁵⁸⁰ Foerste, ZInsO 2013, 897, 898.

⁵⁸¹ Korenke, Bürgerliches Recht, S. 216 f.; Pawlowski, Methodenlehre, S. 217f., 225.

⁵⁸² Grevesmühl, Gläubigeranfechtung, S. 62; Thole, Gläubigerschutz, S. 290.

⁵⁸³ Unter E.I.3.b.aa.

⁵⁸⁴ Foerste, ZInsO 2013, 897, 901.

torische, ursprüngliche Kern einer Rechtsnorm stets ausschlaggebend ist. Obwohl die historischen Wurzeln einer Norm Schlüsse auf die geltenden Regelungen zulassen, ist die gesetzgebende Gewalt an die historische Bedeutung nicht *auf alle Ewigkeit* gebunden.⁵⁸⁵

Entscheidend ist, ob der Gesetzgeber an den ursprünglichen Sinn anknüpfen wollte oder sich von diesem abwandte. Maßgebend ist also nicht allein die historische Bedeutung, sondern der Sinn und Zweck, den der zeitgenössische Gesetzgeber der Norm beimaß.

IV. Systematik

In systematischer Hinsicht ist der aufgezeigte Konflikt mit den übrigen Anfechtungsnormen nach §§ 130, 131 InsO sowie der Konflikt mit dem Ausnahmetatbestand des § 142 InsO a.F. zu betrachten.

Der Ausnahmetatbestand in § 142 InsO a.F. privilegiert Bargeschäfte, indem er diese von einer Anfechtung ausnimmt, denn dem Schuldner soll weiterhin eine Teilnahme am Wirtschaftsleben möglich sein. Daher sind jene alltäglichen Geschäfte von der Anfechtung ausgenommen, in denen der Leistungsaustausch im Vordergrund steht, von der Anfechtung ausgenommen gewesen.⁵⁸⁶ Bei einer weiten Auslegung der Vorsatzanfechtung, die auf Unlauterkeitsmerkmale verzichtet, ist dieser Schutzzweck jedoch gefährdet.⁵⁸⁷ Daher wurde vertreten, dass es geboten sei, die Unlauterkeit als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal in die Vorsatzanfechtung aufzunehmen, um einen Leerlauf der Bargeschäftsausnahme zu verhindern.⁵⁸⁸

Allerdings geht aus dem eindeutigen Wortlaut von § 142 InsO a.F. hervor, dass die Privilegierung nicht gelten soll, wenn die Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung vorliegen. Allein aus dem Verhältnis zwischen § 133 Abs. 1 InsO a.F. und § 142 Abs. 1 InsO a.F. lässt sich folglich kein entsprechender Schluss ziehen. Der Schutzzweck von § 142 Abs. 1 InsO ist aber dann gefährdet, wenn die Vorsatzanfechtung auch alle Fälle erfasst, in denen ein Vertrauensschutz gemäß §§ 130, 131 InsO besteht. Erst wenn diese Normen durch die Vorsatzanfechtung *ausgehebelt* werden, gibt man auch das Bargeschäftsprivileg preis.

⁵⁸⁵ Thole, ZIP 2013, 2081.

⁵⁸⁶ MünchKomm-InsO/Kirchhoff, § 142 InsO, Rn. 1.

⁵⁸⁷ Foerste, ZInsO 2013, 897, 902; Schoppmeyer, ZIP 2009, 600, 604; Jacoby, KTS 2009, 3, 21.

⁵⁸⁸ etwa: Lind, Auslegung, S. 107.

Zentrale Bedeutung gewinnt somit das Verhältnis der Anfechtungsnormen § 130 und § 131 InsO zur Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO (a.F.).

Die unter F., I., 4., b), cc) dargestellte Ansicht entnahm aus dem Verhältnis von § 130 und § 131 InsO ein Abstandsgebot und einen Vertrauenstatbestand. Der Rechtsverkehr vertraue in schützenswerter Weise darauf, dass eine Anfechtung wegen kongruenter Deckungen oder inkongruenter Deckungen in einem vorigen Zeitraum nicht erfolge.⁵⁸⁹

Gegen diesen Ansatz sprechen die systematische Stellung der Normen und deren unterschiedliche Zielrichtungen. Allein die Überschriften der Normen zeigen an, dass es sich um unterschiedliche Regelungen handelte. Zwischen den Anfechtungsansprüchen bestand und besteht eine echte Anspruchsgrundlagen-Konkurrenz. Die Normen standen und stehen selbständig und unabhängig nebeneinander.⁵⁹⁰

Zu beachten ist aber, dass die Vorsatzanfechtung nach dem systematischen Aufbau des Anfechtungsrechts keine Generalklausel ist und war und auch nicht zu einer werden durfte. Wären die Anfechtungsansprüche nach § 130 und § 131 InsO durch die Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO a.F. *überflüssig* geworden, wäre auch deren Schutzzweck verloren gegangen.

Aus dieser Überlegung ergibt sich ein Abstandsgebot bezüglich der Anfechtungsansprüche.⁵⁹¹ Die Anfechtungsansprüche müssen jeweils ihrem eigenen Schutzzweck folgen und für diesen eine eigene Wirkung entfalten, ohne die übrigen Ansprüche obsolet werden zu lassen.

Maßgebend – auch für eine abschließende Bewertung dieser systematischen Konflikte – ist somit der Schutzzweck der Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs.1 InsO a.F.

V. Schutzzweck

Die historische Bedeutung des Schutzzwecks der Vorsatzanfechtung ist bereits dargelegt worden: Unlauteres Verhalten zu Lasten der Masse sollte bestraft werden. Richtigerweise ist der Gesetzgeber an diesem einmal festgesetzten Telos aber nicht ewig gebunden. Zu fragen ist daher, welchen Sinn und Zweck die Version der Vorsatzanfechtung gem. § 133 Abs.1 InsO (a.F.) verfolgt.

⁵⁸⁹ Lind, Auslegung, S. 34.

⁵⁹⁰ Huber, in: Gottwald, § 46., Rn. 5, §48, Rn. 36.

⁵⁹¹ Thole, ZIP 2013, 2082.

In der Gesetzesbegründung wurde zunächst der allgemeine Grund für die Änderung des Insolvenzrechts, der in der Massestärkung lag, zum Ausdruck gebracht.⁵⁹² Die Begründung schweigt aber zu der Frage, inwiefern die Unlauterkeit Voraussetzung einer Vorsatzanfechtung ist.

Teilweise wurde angeführt, dass die Vorsatzanfechtung ihre Masseschutzaufgabe nicht mehr wahrnehmen könne, wenn dabei ein Unlauterkeitsmerkmal oder ein vergleichbares Merkmal Voraussetzung wäre.⁵⁹³ Dieser Gedanke setzt allerdings voraus, dass Sinn und Zweck der Norm final der Masseschutz war. Dieser vom Gesetzgeber dargelegte Zweck stellte jedoch eine übergeordnete Überlegung zur gesamten Gesetzesänderung dar und konnte nicht für jede Norm der alleinige Gesetzeszweck sein, da die Normen des Insolvenzrechtes zu unterschiedlich gestaltet und offensichtlich von unterschiedlichen Intentionen bestimmt waren.

Wie gezeigt, sieht eine Interpretationsweise der Norm deren Schutzzweck weiterhin in einer Sanktionierung *fraudulösen* Verhaltens. Dem ist im Ergebnis (auch) zuzustimmen. Zwar ist der Gesetzgeber nicht an die einmal gefasste Intention früherer Gesetzgeber gebunden, will er sich aber von dieser abwenden, muss dies auch deutlich werden. Eine Norm mit einer derartigen Tradition konnte in ihrem Zielgehalt nicht *stillschweigend* geändert werden. Wollte der Gesetzgeber von der Sanktionierung unlauteren Verhaltens zu Gunsten einer alleinigen Massestärkungsfunktion abweichen, hätte er dies deutlich machen müssen.

Die Gesetzgebungsbegründung zu § 133 InsO a.F. bringt zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber die Grundsätze der Norm nicht ändern, sondern diese vielmehr – ergänzt um die Umsetzung der bereits entwickelten Rechtsprechung – beibehalten wollte. Eine Änderung des geltenden Rechtszustands sollte nicht erfolgen.⁵⁹⁴

Geht man von dieser Zielsetzung aus, verbindet die Vorsatzanfechtung mehrere Schutzzwecke, denn auch die Sanktionierung bezweckt einen Schutz der Masse vor bestimmten Handlungen.

Im Rahmen des Anfechtungsrechts muss ein gerechter Ausgleich der widerstreitenden Interessen und auch der verschiedenen Schutzrichtungen des Insolvenzanfechtungsrechts

⁵⁹² BT-Drucks. 12/2443, S. 85, 156.

⁵⁹³ Kayser, NJW 2014, 422, 425.

⁵⁹⁴ BT-Drucks. 12/2443, S. 160.

gefunden werden. Zum einen sind die Interessen der Gläubigergesamtheit an einer möglichst hohen Befriedigung zu beachten und die Durchführung eines erfolgreichen Insolvenzverfahrens zu gewährleisten. Auf der anderen Seite stehen die Interessen des Geschäftsverkehrs. Ein Unternehmen und auch eine Privatperson darf durch seine Krisensituation nicht vom geschäftlichen Leben ausgeschlossen werden – denn nicht jeder Schuldner ist per se ein *schlechter Mensch*, und eine Insolvenz deutet nicht schon per se auf ein sozial inadäquates Verhalten hin und wäre allein daher schon zu missbilligen. Das Risiko einer Anfechtung darf für Vertrags- und Geschäftspartner nicht unüberschaubar hoch ausfallen. Sämtlichen Vertragspartnern zu einem Abbruch aller Beziehungen zu raten, darf daher nicht die *ultima ratio* darstellen. Denn durch einen solchen Abbruch würde der Schuldner geradezu in die Insolvenz getrieben. Die Insolvenz träfe dann auch Unternehmen, deren Rettung allein durch den Erhalt von Arbeitsplätzen möglich wäre. Und ohne einen definierten vertrauensbildenden Schutz wäre selbst eine Sanierungsberatung mit einem hohen Risiko behaftet.⁵⁹⁵ Die damit geschaffene Unsicherheit würde daher jegliche friedensstiftende Funktion des Insolvenzrechts von vorne herein unterminieren.⁵⁹⁶

Selbst *Kayser*, der – als Richter am Bundesgerichtshof – auf Seiten der herrschenden Rechtsprechung stand, führte an, dass die Vorwürfe, die Rechtsprechung erlaube „Serienanfechtungen“⁵⁹⁷ ohne substantiierte Anspruchsbegründung, nicht unberechtigt seien und dass diese Kritik durch die Einbeziehung der Insolvenzen natürlicher Personen zunehmen werde.⁵⁹⁸ Dabei sieht er den einen oder anderen Fall „bei einer Nachbetrachtung im Grenzbereich“⁵⁹⁹ liegen. Doch dürfe man nicht übersehen, dass der BGH der extensiven Auslegung des § 133 Abs. 1 InsO in zentralen Punkten bereits eine Absage erteilt habe, so beispielsweise anlässlich ernsthafter Sanierungsbemühungen oder in bargegeschäftsähnlichen Situationen. Nicht zuletzt müssten die Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung trotz aller Beweisanzeichen von einer Gesamtwürdigung der Indizienlage abhängen, wie auch der BGH betone.⁶⁰⁰ Der Richter werde von seiner Pflicht, gem. § 286 ZPO alle besonderen Umstände des Einzelfalls umfassend zu würdigen, trotz aller Beweisanzeichen und Indizienbeweisen nicht entbunden.⁶⁰¹

⁵⁹⁵ Vgl. etwa: *Fawzy/Köchling*, ZInsO 2014, 1073, 1075 f.

⁵⁹⁶ Vgl. Ziel des Gesetzgebers, BT-Drucks. 12/2443, S. 73.

⁵⁹⁷ *Kayser*, NJW 2014, 422, 423.

⁵⁹⁸ *Kayser*, NJW 2014, 422, 423.

⁵⁹⁹ *Kayser*, NJW 2014, 422, 423.

⁶⁰⁰ *Kayser*, NJW 2014, 422, 423.

⁶⁰¹ *Kayser*, NJW 2014, 422, 427.

Unverständlich waren laut *Kayser* jedoch einige Bedingungen des BGH, beispielsweise warum ein Sanierungskonzept bereits in die Tat umgesetzt sein müsse, um als Indiz zu dienen. Denn ein Beratungsdienstleister müsse auch von einem Sanierungsplan profitieren dürfen, der dann doch nicht zur Anwendung komme.⁶⁰² Die Anforderungen der Rechtsprechung seien zu streng. Die Rechtsprechung frage beispielsweise nach der Schlüssigkeit des Sanierungskonzeptes, die tatsächlichen Gegebenheiten und eine ernsthafte und begründete Erfolgsaussicht. *Kayser* kritisierte, dass diese Merkmale letztlich jedoch aufgrund einer fehlenden Perspektive ex ante schwer einschätzbar seien. Hintergrund einer Indizientlastung sei, dass die Parteien bei der angefochtenen Rechtshandlung von einem anfechtungsrechtlich unbedenklichen Willen geleitet werden würden und so das Bewusstsein, dass andere Gläubiger benachteiligt würden, in den Hintergrund trete.⁶⁰³

Der in dieser Argumentation erkennbare Ansatz kann zwar grundsätzlich überzeugen. Er steht jedoch im Widerspruch zu der bisherigen Handhabung der Vorsatzanfechtung. Ausreichend war nach der Rechtsprechung bislang stets das Bewusstsein der Beteiligten, eine Gläubigerbenachteiligung zu bewirken.⁶⁰⁴ Aus diesem Bewusstsein folgte nach der Rechtsprechung eine billigende Inkaufnahme, mithin ein Vorsatz. Den Parteien sei, auch wenn sie vordergründig von einem anfechtungsrechtlich unbedenklichen Willen geleitet werden, bewusst, dass eine Gläubigerbenachteiligung zumindest beim Scheitern der Sanierung oder auch bei einem Austausch im Sinne eines Bargeschäftes erfolge.

Ferner überzeugt es nicht, dass die Bedingungen für das Fehlen des Vorsatzes von objektiven Merkmalen, wie der Schlüssigkeit des Konzepts, abhängen. Denn auch Handlungen im Rahmen eines – vielleicht aus fehlender Kompetenz und nicht aus Boshaftigkeit – schlecht ausgearbeiteten Sanierungskonzepts können durchaus von einem Willen geleitet sein, der auf eine Sanierung abzielt und nicht auf eine Benachteiligung der Gläubiger. Der Wille als rein subjektives Element kann nicht von objektiven Anforderungen an ein Konzept abhängen. Ein mögliches Unwissen kann, insbesondere in der Insolvenz von Privatpersonen, nicht deren Willen prägen. Dies führt, überspitzt formuliert, zu der Frage: Können nur Schuldner mit *noch* ausreichenden Mitteln für professionelle Berater den anfechtungsrechtlich bedenklichen Willen verlieren?

⁶⁰² *Kayser*, NJW 2014, 422, 428.

⁶⁰³ BGHZ 180, 98, 104.

⁶⁰⁴ BGH, ZInsO 2014, 496.

Regelmäßig wird das Bewusstsein, andere Gläubiger zu benachteiligen, nur im Hintergrund erkannt werden, während eine andere Motivation im Vordergrund dominiert. Doch dies reichte (eigentlich) nach der Rechtsprechung zur Begründung des Vorsatzes in Form des *dolus eventualis* aus.⁶⁰⁵ Im Falle von ernsthaften Sanierungsbemühungen reichte das bloße Bewusstsein hingegen nicht aus.⁶⁰⁶ Ausschlaggebend war in diesem Fall für den BGH, ob das Bewusstsein der Gläubigerbenachteiligung derart in den Hintergrund getreten war, dass ein Vorsatz nicht mehr gegeben war. Er fragte nach dominierenden Motiven. Diese Frage nur in Fällen der Sanierung zu stellen, überzeugt allerdings nicht.

In diesem Ansatz lässt sich eine gewisse Abgrenzung erkennen, wie sie auch im Strafrecht üblich ist. Das bloße Erkennen einer Gefahr begründet noch keinen (Eventual) Vorsatz, da lediglich ein reines Wissenselement vorliegt.⁶⁰⁷ Erst wenn ein voluntatives Element in Form einer billigenden Inkaufnahme hinzutritt, handelt ein Täter mit bedingtem Vorsatz.⁶⁰⁸ Erst mit einer solchen „Und wenn schon!“-Haltung nimmt er eine Handlung trotz erkannter Gefahr vor. Dies sollte im Sinne einer Einheit der Rechtsordnungen auch im Insolvenzrecht gelten. Auch der Gesetzgeber knüpfte in seiner Begründung zur vorsätzlichen Benachteiligung ausdrücklich an den bedingten Vorsatz des Strafrechts an.⁶⁰⁹ Deshalb lässt sich nicht bereits bei jeder Handlung, bei der der Schuldner erkannt hat, dass die Gefahr besteht, dass andere Gläubiger im Falle einer Insolvenz benachteiligt werden, eine „Und wenn schon!“-Haltung unterstellen – also, wie der Gesetzgeber es formuliert hatte: das Bewusstsein und der Wille in Form einer bedingten Benachteiligungsabsicht.⁶¹⁰ Die Ermittlung und der Beweis des Vorsatzes erfolgt in der Praxis anhand von objektiven Tatsachen, anhand von Indizien.⁶¹¹ Aber die angeführten Beispiele zeigen, dass einige dieser Indizien zu einem falschen Schluss führten. Wenn etwa ein Arbeitgeber trotz erkannter Zahlungsunfähigkeit seine Arbeitnehmer weiterbezahlt und diese trotz Kenntnis dieser Umstände ihren Arbeitslohn annehmen, handelt er nicht mit einer ahndungswürdigen „Und wenn schon!“-Haltung. Sein Verhalten kann ihm die Rechtspraxis nicht vorwerfen wollen. Denn man kann nicht verlangen, dass der Arbeitnehmer ohne Bezahlung arbeitet oder alternativ kündigt. Der Arbeitnehmer hatte Glück, dass das BAG auf seiner

⁶⁰⁵ BGH, ZInsO 2014, 496.

⁶⁰⁶ BGH, ZInsO 2013, 2055, 2056.

⁶⁰⁷ Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder StGB, § 15, Rn. 75.

⁶⁰⁸ BGH, NStZ-RR 2008, 239; Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder StGB, § 15, Rn. 80.

⁶⁰⁹ BT-Drucks. 12/2443, S. 160.

⁶¹⁰ BT-Drucks. 12/2443, S. 160.

⁶¹¹ Kudlich, in: BeckOK, § 15 StGB, Rn.23

Seite stand und entgegen der Rechtsprechung des BGH nicht von einer Kenntnis des Arbeitnehmers ausging.⁶¹² Aber auch dies war kein wünschenswerter Zustand – die obersten Gerichte verfolgten eine unterschiedliche Rechtsprechung zu ein und derselben Norm. Rechtsklarheit und -sicherheit waren für den Bürger nicht erkennbar.

Die Frage nach dem Vorhandensein einer „Und wenn schon!“-Haltung stellt sich auch bei unterhaltsberechtigten Kindern und weiteren Unterhaltsgläubigern. Der Vater bezweckt die Leistung zum Wohle seiner Kinder und zur Erfüllung der gesetzlichen Unterhaltspflicht. Das Bewusstsein der Gläubigerbenachteiligung tritt auch hier ausreichend in den Hintergrund. Oder gibt es einen abschließenden Katalog von Umständen, unter denen ein Zurücktreten in den Hintergrund zu erkennen ist?

In den Ansätzen der Rechtsprechung des BGH zur Sanierung und zum Bargeschäft steckt der richtige Weg, sich der Vorsatzanfechtung zu nähern.⁶¹³ Entscheidendes Anknüpfungsmerkmal der Vorsatzanfechtung (a.F.) und auch der vorherigen Absichtsanfechtung ist das subjektive Element. Die voluntative Komponente, der Wille einer Gläubigerbenachteiligung, ist m. E. ein zulässiger Anknüpfungspunkt zum Erkennen einer Unlauterkeit.

Dabei kann die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit und eine „Und wenn schon!“-Haltung gegenüber den übrigen Gläubigern für die Bejahung eines ausreichenden Vorsatzes im Sinne des Gesetzeszweckes ausreichend sein. Ein Schuldner, der weiß, dass er zahlungsunfähig ist, und einen seiner Gläubiger befriedigt – ohne einen besonderen Zweck zu verfolgen – handelt in einer unlauteren Weise, obwohl die Benachteiligung nicht das unbedingte Ziel seines Handelns ist.⁶¹⁴ Wird der Schuldner jedoch stark von einer anderen Intention geleitet, muss eigens festgestellt werden, ob er mit einem sanktionswürdigen Eventualvorsatz handelt oder das Bewusstsein um eine mögliche Gläubigerbenachteiligung derart in den Hintergrund rückt, dass ein entsprechendes Willenselement, welches letztlich Kern der Unlauterkeit der Rechtshandlung und somit Grund der Sanktionswürdigkeit ist, entfällt. Wird die Rechtshandlung von einem adäquaten Willen dominiert – und dabei ist stets zu bedenken, dass der Wille ein subjektives Element ist –, so ist das unlautere Wollens-Element des Vorsatzes nicht gegeben. Bei einer solchen Subsumtion

⁶¹² Etwa: BAG 6 AZR 345/12.

⁶¹³ Etwa: BGHZ 180, 98, 104.

⁶¹⁴ BGH, NJW 2003, 3560, 3561.

bedarf es keines weiteren Tatbestandsmerkmals, welches der Wortlaut auch nicht fordert.

Dieser Ansatz ist auch in der Rechtsprechung zu § 31 KO erkennbar gewesen. Für den BGH war, trotz der Absichtsforderung im Wortlaut der Norm, ein Eventualvorsatz ausdrücklich ausreichend.⁶¹⁵ Denn im Falle einer kongruenten Deckung erschöpfe sich der schuldnerische Wille in der Erfüllung der Verpflichtung. Das Bewusstsein, nicht alle Gläubiger befriedigen zu können, reiche dann nicht aus, um einen Eventualvorsatz zu bejahen. Das Merkmal erfordere stets eine Unlauterkeit, die bei kongruenten Deckungen regelmäßig nicht vorliege.⁶¹⁶ Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte dieser Rechtszustand auch im Rahmen von § 133 InsO a.F. bestehen bleiben.⁶¹⁷

Zu beachten ist zudem die systematische Überlegung, dass die Vorsatzanfechtung nicht zum Auffangtatbestand des Insolvenzanfechtungsrechtes werden darf.⁶¹⁸ Dies ergibt sich nicht nur aus der Struktur des Anfechtungsrechtes, sondern auch aus den unterschiedlichen Schutzzwecken. Die Vorsatzanfechtung verfolgt einen Schutz vor unlauteren Verhaltensweisen und nicht wie die besonderen Anfechtungsgründe die Gläubigergleichbehandlung. Die beiden Schutzzwecke stehen daher in einer Konkurrenz. Dennoch müssen die Anfechtungen deutlich ihre eigenen Ziele verfolgen. Zwar kann auch eine kongruente Deckung eine Vorsatzanfechtung begründen, aber im Grunde nur dann, wenn die kongruente Deckung selbst nicht derart im Vordergrund steht, dass ein Vorsatz des Schuldners entfallen musste. Dies kann jedenfalls dann der Fall sein, wenn zusätzliche Kriterien vorliegen, die auf einen Vorsatz schließen lassen, beispielsweise, wenn Schuldner und Gläubiger in Kenntnis einer bestehenden Zahlungsunfähigkeit bewusst zusammenwirken.

Die Regelungen zur Vorsatzanfechtung dürfen und durften nicht als Generalnorm verstanden und missbraucht werden, um alle möglichen in einer Krise vorgenommenen Rechtshandlungen zu sanktionieren. Wie gezeigt ist § 133 Abs. 1 InsO (a.F.) kein Auffangtatbestand für jede mögliche Handlung des Schuldners. Denn nicht jede Handlung in der Krise des Schuldners ist anfechtbar – sonst bräuchte man keine unterschiedlichen, ausdifferenzierten Anfechtungsansprüche.⁶¹⁹

⁶¹⁵ BGH, NJW 1991, 2144, 2145.

⁶¹⁶ BGH, NJW 1991, 2144, 2145.

⁶¹⁷ BT-Drucks. 12/2443, S. 160.

⁶¹⁸ Fawzy/Köchling, ZInsO 2014, 1073, 1075.

⁶¹⁹ So auch: Lind, Auslegung, S. 106.

Bei der korrekten Beurteilung des Einzelfalls kam es richtigerweise und kommt es weiterhin stets auf eine genaue Subsumtion des Vorsatzes an. Denn der Vorsatz ist die Quelle der Unlauterkeit, die Ursache der Sanktion. Daran hat sich auch durch die Änderung der gesetzlichen Formulierung, weg von der Absicht hin zum Vorsatz, nichts geändert. Zwar werden durch diese Begriffe üblicherweise unterschiedliche Vorsatzgrade bezeichnet, der Wille bleibt jedoch der Anknüpfungspunkt des Gesetzgebers für die Vorsatzanfechtung, und der Wille bleibt dem Sinn und Zweck der Vorsatzanfechtung entsprechend – somit auch der Anknüpfungspunkt für die Sanktionierung und die Verhinderung *fraudulosen* Handelns. Dies muss sich auch in der Auslegung und in der Anwendung der Norm widerspiegeln. Das gelang der Rechtsprechung jedoch nur zum Teil, indem sie in einigen Fällen anlässlich einer Sanierung – obwohl die Maßstäbe der Rechtsprechung an ein Sanierungskonzept zu überdenken sind – oder eines Bargeschäfts danach fragte, wie sehr die Rechtshandlung von einem anfechtungsrechtlich unbedenklichen Willen geleitet wurde.⁶²⁰ An diesem Ansatz ist richtigerweise im Sinne des Telos der Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO anzuknüpfen.

Ausgehend von diesen Grundsätzen hätten sich für die Praxis gerechte Ergebnisse finden lassen:

Heranzuziehen ist zunächst der unter E., I., 4., c) dargestellte Fall, in dem der Schuldner eine Geldstrafe beglich. Als der Schuldner seine Zahlung tätigte, stand er unter einem erheblichen Strafdruck, denn er wollte einer Haftstrafe entgegenwirken. Der Schuldner wurde mithin von einer stark dominierenden Motivation geleitet. Diese Motivation ist für sich betrachtet nicht unbillig, vielmehr ist sie sozial adäquat, menschlich nachvollziehbar. Der Schuldner setzte sich nicht mit einer „Und wenn schon!“-Haltung über die Interessen der Gläubigergesamtheit hinweg. Eine mögliche Benachteiligung war für ihn kaum erkennbar, denn die Benachteiligung trat angesichts der stark dominierenden Hauptmotivation derart in den Hintergrund, dass sie den Willen des Schuldners nicht mehr (mit)bestimmte.

Ebenso verhält es sich in dem unter E., I., 3. dargestellten Fall, in dem der Schuldner im Rahmen einer drohenden Zwangsvollstreckung die geschuldete Leistung vornahm. Auch hier trat eine mögliche Gläubigerbenachteiligung für den Schuldner aufgrund der bestehenden Zahlungsverpflichtung und der angedrohten zwangsweisen Durchsetzung derart

⁶²⁰ Etwa: BGHZ 180, 98, 104.

in den Hintergrund, dass eine „Und wenn schon!“-Haltung nicht mehr gegeben war. Der Schuldner wurde von einem anfechtungsrechtlich unbedenklichen Willen geleitet.

Auch der weiterarbeitende Arbeitnehmer,⁶²¹ der „klamme Papa“⁶²², der behandelnde Arzt⁶²³ wurden von einer sozial adäquaten Hauptmotivation geleitet, neben der die anfechtungsrechtlich zu ahndende Gläubigerbenachteiligung für den Schuldner derart in den Hintergrund trat, dass er sich nicht mit einer „Und wenn schon!“-Haltung darüber hinwegsetzte. Der Schuldner nahm die Benachteiligung nicht billigend in Kauf.

H. Reform der Vorsatzanfechtung durch den Gesetzgeber

Gezeigt wurde, dass die Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO a.F. Spannungen und Diskussionen entfachte. Dies erkannte auch die aktuelle (06.2017) Bundesregierung. Die Überprüfung des Anfechtungsrechtes wurde als Regierungsziel in den Koalitionsvertrag aufgenommen. Auf der Seite 19 des Koalitionsvertrages zwischen CDU, CSU und SPD vom 27. November 2013 heißt es, dass die Insolvenzanfechtung im Interesse der Planungssicherheit des Geschäftsverkehrs sowie des Vertrauens der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen in ausgezahlte Löhne auf den Prüfstand zu stellen sei.⁶²⁴ Diese Prüfung endete in einer Gesetzesreform, die am 05. April 2017 in Kraft trat.

I. Regierungsentwurf 2005

Schon die vorherige Regierung beschäftigte sich mit dem Problem der Vorsatzanfechtung. Bereits im Jahr 2005 lag ein Gesetzesentwurf der Bundesregierung vor. Das Papier vom 10. August 2005 sollte das bisherige Anfechtungsrecht in seiner Ausgestaltung durch die Rechtsprechung des BGH gesetzlich einschränken.⁶²⁵ Dies sollte im Rahmen der Gesetzgebung zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge erfolgen. Anlass für eine Änderung war insbesondere die große Anzahl der Forderungsausfälle bei den Sozialversicherungsträgern, die sich ihre potenziellen Schuldner schließlich nicht aussuchen können, sowie Forderungsausfälle beim Fiskus, der ebenfalls jeden „Kunden“ annehmen muss, da er sich die Steuerpflichtigen nicht aussuchen kann.⁶²⁶ Geplant wurden daher Einschränkungen hinsichtlich kongruenter Deckungen und solcher Deckungen, die im Wege einer

⁶²¹ Wie unter E., I., 7., a).

⁶²² Vgl. E., III., 1., b), aa).

⁶²³ Vgl. E., III., 1., b), cc).

⁶²⁴ Koalitionsvertrag vom 27. November 2013.

⁶²⁵ BR-Drucks. 618/05; Pressemitteilung der Bundesregierung: <http://www.abc-recht.de/topthemen/gesetze/insolvenzrecht.php>, zuletzt abgerufen am 01.12.2015, 14:08.

⁶²⁶ RegE 2005, ZIP 2005, 1201.

Zwangsvollstreckung erhalten wurden. Dabei sollte bei der Anfechtung kongruenter Deckungen eine zusätzliche Bestimmung in den Gesetzestext eingeführt werden, wonach eine Rechtshandlung nach § 130 Satz 1 nur angefochten werden kann, *wenn ein unlauteres Verhalten des Schuldners vorliegt*. Der Gesetzesbegründung lässt sich diesbezüglich entnehmen, dass die Unlauterkeit dabei im Rahmen der Vorsatzprüfung zu berücksichtigen sei,⁶²⁷ womit der Entwurf ausdrücklich an die frühere Rechtsprechung des BGH anknüpft.⁶²⁸

Der Gesetzesentwurf stieß jedoch auf vielfache Kritik.⁶²⁹ Der Bundesrat verlangte in seiner Stellungnahme, die bisherige Rechtslage beizubehalten.⁶³⁰ Nachdem die zentrale Kritik in einer Anhörung des Rechtsausschusses des Bundestages am 27. September 2006, der Entwurf bevorzuge einseitig die Renten- und Krankenversicherungsträger sowie die Finanzämter, erneuert wurde, hat der Bundestag das Gesetz zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge ohne den Teilsatz „*Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung*“ verabschiedet.⁶³¹

Man kann dem Gesetzesentwurf jedoch entnehmen, dass – trotz Beibehaltung des Vorsatzes anstelle der in § 31 KO geforderten Absicht – in den subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung ein Unlauterkeitsmerkmal enthalten sein sollte. Daraus kann man schließen, dass das Telos der Vorsatzanfechtung weiterhin die Unlauterkeit erfasst.

II. Aktueller Stand

Die Insolvenzanfechtung wurde zum Diskussionsthema in der Politik, zum Inhalt des Koalitionsvertrages und zum Gegenstand der Gesetzgebung. Die Reform zog sich hin. Lange war nicht erkennbar, wann und ob eine Änderung noch in dieser Legislaturperiode erfolgen würde. Im Dezember 2014 kommentierte das Handelsblatt diese Ungewissheit mit harschen Worten: „*Regeln zur Anfechtung von Insolvenzen sollen geändert werden – später einmal. Politisches Gerangel verzögert überfällige Neuerung. Die Wirtschaft fühlt sich zunehmend im Stich gelassen.*“⁶³² Die *überfällige Neuregelung* wurde drei Jahre später im Frühjahr dieses Jahres (2017) verabschiedet und trat bereits am 5. April 2017 in Kraft. Die nachfolgenden Ausführungen werden einen Überblick über den langwierigen

⁶²⁷ RegE 2005, ZIP 2005, 1201, 1203; Lind, Auslegung, S. 163.

⁶²⁸ Lind, Auslegung, S. 163.

⁶²⁹ Etwa: Pape, ZInsO 2005, 842; Förster, ZInsO 2005, 785.

⁶³⁰ BR-Drucks. 618/05, S. 4 f.

⁶³¹ Bauer, Ungleichbehandlung, S. 113 f.

⁶³² Handelsblatt, 2. Dezember 2014, S. 13.

Reformprozess geben, Kritik an der Reform darstellen und eine eigene, alternative Gesetzesreform aufzeigen.

1. Vorschläge aus der Wirtschaft

Im Rahmen des Reformprozesses wurden verschiedene Vorschläge seitens der Wirtschaft für eine Gesetzesänderung vorgelegt. So sollte § 133 Abs. 1 InsO nach einem Positionspapier verschiedener Verbände wie folgt geändert werden:⁶³³

„§ 133 – Vorsätzliche Benachteiligung

Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, die dem Gläubiger eine inkongruente Deckung gewährt und die der Schuldner in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte. Diese Kenntnis wird vermutet, wenn der andere Teil wusste, dass der Schuldner zahlungsunfähig war und dass die Handlung die Gläubiger benachteiligte. Eine Rechtshandlung, die dem Gläubiger eine kongruente Deckung gewährt, ist nur dann innerhalb derselben Frist anfechtbar, wenn sie der Schuldner mit der Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen.“

Dieser Vorschlag unterscheidet zunächst zwischen der inkongruenten und kongruenten Deckung. Um die Anfechtung einer kongruenten Deckung zuzulassen, werden höhere Anforderungen gestellt. Der Vorschlag verlangt in diesem Fall die Absicht des Schuldners. Darin zeigt sich das Bedürfnis, jene Geschäfte zu privilegieren, für die eine Gegenleistung erfolgt. Geschäftsübliche Warenlieferungen oder andere Transaktionen sind dann nur noch im Anfechtungsfokus, wenn der Schuldner mit einer Gläubigerbenachteiligungsabsicht handelt. Die Benachteiligung muss daher Ziel des Handelns und das Ergebnis eines unbedingten Wollens sein. Die Gläubigerbenachteiligung wird die Handlungen in der Regel nicht dominieren, sondern im Hintergrund erfolgen, sodass eine Absicht regelmäßig nicht gegeben ist.

Ein anderer Vorschlag stammte vom Gravenbrucher Kreis.⁶³⁴ Die Änderungen lauteten wie folgt (fett hervorgehoben die Änderungen gegenüber § 133 InsO a.F.):

“§ 133 – Vorsätzliche Benachteiligung

⁶³³ *Schneidewind*, Gemeinsames Positionspapier.

⁶³⁴ *Kebekus, Jaffé, Flöther*, Vorschlag, http://www.gravenbrucher-kreis.de/Pressemitteilungen.13.0.html?&cHash=f506e3ff5d&tx_ttnews%5BbackPid%5D=13&tx_ttnews%5Btt_news%5D=71, zuletzt abgerufen am 07.05.2015, 19:15.

1. Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, die der Schuldner in den letzten **drei** Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat und wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte. Diese Kenntnis wird vermutet, wenn der andere Teil wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und dass die Handlung die Gläubiger benachteiligte.
2. Unverändert
3. **War der andere Teil im Zeitpunkt der Rechtshandlung unredlich oder war er zur Zeit der Handlung eine nahestehende Person (§ 138), verlängert sich die Anfechtungsfrist des Absatzes 1 von drei auf zehn Jahre.“**

Dieser Lösungsansatz knüpft zunächst an das zeitliche Element der Vorsatzanfechtung an: Die Anfechtungsfrist wird auf drei Jahre verkürzt. Der Anfechtungszeitraum wird somit für alle Beteiligten überschaubarer und kalkulierbarer. Die bisherige zehnjährige Anfechtungsfrist wird nur in bestimmten Fällen der Unredlichkeit und bei nahestehenden Personen beibehalten. Dabei nimmt dieser Ansatz eine Unterscheidung zwischen dem redlichen und dem unredlichen Schuldner vor, allerdings nur im Hinblick auf den Anfechtungszeitraum. Die Anforderungen an den Vorsatz oder an die Qualität der Rechtshandlung werden in Absatz 1 nicht geändert.

Der Vorschlag des Gravenbrucher Kreises ging durch eine Änderung der Bargeschäftsausnahme weiter: So sollten § 142 InsO und § 143 InsO ebenfalls geändert werden (fett hervorgehoben die Änderungen gegenüber der § 142 InsO a.F.):

“§ 142 – Bargeschäft

4. Eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, ist nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 gegeben sind **und der andere Teil im Zeitpunkt der Rechtshandlung unredlich war oder es sich bei dem anderen Teil um eine nahestehende Person (§ 138) handelte.“**

„§ 143 – Rechtsfolgen

Abs. 1 bis 3 unverändert

5. Im Falle der §§ 134 und 135 InsO schuldet der Empfänger einer Geldleistung, die Verzugszinsen ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens. **Dies gilt bei allen anderen Anfechtungen auch dann, wenn der Empfänger im Zeitpunkt der Rechtshandlung unredlich oder eine nahestehende Person (§ 138) war. In allen übrigen Fällen wird der**

Anfechtungsanspruch erst mit Verzug des Empfängers mit seiner Verpflichtung zur Rückgewähr verzinst.“

Auch der Vorschlag des Gravenbrucher Kreises knüpft weiterhin an die Unredlichkeit des anderen Teils (also des späteren Anfechtungsgegners) an. Das Bargeschäftsprivileg wird indes auf alle Fälle des § 133 InsO ausgedehnt, in denen der andere *Teil* redlich handelt.

Dieser Vorschlag wirft daher insbesondere die Frage auf, wann der *andere Teil* unredlich handelt.

Gleichzeitig wird in der Erweiterung des Privilegs des § 142 InsO deutlich, dass auch hinter diesem Vorschlag das Bestreben steht, diejenigen Geschäfte zu sichern, die eine unmittelbare Gegenleistung garantieren. Geschäftsübliche Lieferungen und sonstige Transaktionen können dadurch privilegiert und geschützt werden. Auf diese Weise ist es dem Schuldner weiterhin möglich, am wirtschaftlichen Leben teilzunehmen. Die Gläubiger sind nicht gezwungen, sämtliche Geschäftsverwicklungen abzurechnen und so die Krise des Schuldners zu verschärfen.

Unverändert bleibt jedoch in beiden Vorschlägen die Vereinbarung von Ratenzahlungen. Diese sind in der Regel als inkongruent einzuordnen, denn der Gläubiger erhält eine Leistung, auf die er in dieser Form ursprünglich keinen Anspruch hatte. Erfolgt eine solche Vereinbarung jedoch mit dem Ziel, die Sanierung oder das Überleben des Geschäftspartners zu ermöglichen, den Geschäftspartner zu entlasten oder ihm zu helfen, soll eine Unredlichkeit nicht anzunehmen sein, sodass zumindest nach dem Willen des Gravenbrucher Kreises eine zeitliche Begünstigung eintritt.

Vergleichbar schlug der Mittelstandsverbund ZGV vor,⁶³⁵ die Anfechtungsfrist auf drei Jahre zu reduzieren und Bargeschäfte auch im Rahmen der Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs.1 InsO zu privilegieren. Zusätzlich forderte er die Einführung eines nicht abschließenden Indizienkatalogs, der zur Klarstellung dienen sollte.

Auch der Verband der Familienunternehmer ASU hatte einen Änderungsvorschlag vorgelegt.⁶³⁶ Laut diesem sollte § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO unverändert bleiben, allerdings

⁶³⁵ Download auf: <http://www.mittelstandsverbund.de/Themen/Wirtschaft-Steuern/Gesellschafts-und-Zivilrecht/Insolvenzanfechtung-Eckpunktepapier-sorgt-fuer-Aufregung-E8595.htm>, zuletzt abgerufen am 07.05.2015, 19:17

⁶³⁶ Aus: Vortrag von Prof. Dr. Heribert Hirte, Mitglied des deutschen Bundestages; „Reform der Insolvenzanfechtung“; Deutscher Insolvenzverwalterkongress 6. November 2014

sollte die Vermutungsregel des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO gestrichen werden und eine neue Formulierung eingeführt werden. Demnach sollte Satz 2 lauten:

„Lag ein qualifiziertes Sanierungskonzept vor und ist hiernach die angefochtene Handlung nicht sanierungswidrig, wird widerlegbar vermutet, dass der Benachteiligungsvorsatz fehlte.“

Zudem sollte ein neuer dritter Satz angehängt werden:

„War es vor einer Deckung entsprechend § 130 InsO, insbesondere bei fortlaufenden Deckungen im Rahmen einer dauerhaften Geschäftsverbindung, dem Anfechtungsgegner nicht zumutbar, die Leistung einzustellen oder einen Insolvenzantrag zu stellen, wird widerlegbar vermutet, dass die Kenntnis im Sinne des Satzes 1 fehlte.“

In dem neuen Satz 3 zeigt sich ebenfalls das Bedürfnis, den üblichen Geschäftsverkehr zu schonen. Aber auch diese Formulierung wirft neue Fragen auf, vor allem die folgende: Wann ist überhaupt eine Zumutbarkeit gegeben und wann nicht?

Satz 2 schützt indes Sanierungsbemühungen des Schuldners. Insofern geht dieser Ansatz konform mit den Zielen des ESUG, nach denen die Sanierung stets als Ziel des Insolvenzverfahrens gilt.⁶³⁷ Der Änderungsvorschlag normiert damit auch den Kurswechsel des BGH hinsichtlich ernsthafter Sanierungsbemühungen des Schuldners. Auch hier ergibt sich freilich die Frage, welche Anforderungen an die Qualifikation des Sanierungsplans zu stellen sind. Sofern kritisiert wurde, dass der BGH zu strenge Maßstäbe an ein solches Konzept anlegte, ist zu befürchten, dass sich dies durch die Formulierung des Satzes 2 nicht ändern wird. Erreicht wird jedoch eine feste Normierung. In der Normierung zeigen sich dann natürlich auch ein besonderer Schutzzweck und eine besondere Intention, aus denen sich eine Privilegierung von Sanierungsbemühungen ergibt. An diesem Telos gemessen, könnte jedoch die Forderung vertreten werden, die Anforderungen an das Konzept nicht zu streng zu gestalten.

2. Eckpunktpapier des Bundesministeriums für Justiz

Das Bundesministerium für Justiz hatte am 10. September 2014 „Eckpunkte für eine Reform des Anfechtungsrechts“ formuliert. Zwar sollten diese Eckpunkte nur ausgewählte Personen erreichen, um eine interne Diskussionsgrundlage zu bilden. Wie *Bork* jedoch zutreffend feststellte, haben die Eckpunkte „aber das Licht der durchaus interessierten

⁶³⁷ Göb, NZG 2012, 371 f.

Öffentlichkeit schneller erblickt, als man 'Gläubigerbenachteiligungsvorsatz' sagen kann."⁶³⁸

Diese Eckpunkte enthielten noch keine ausformulierten Paragraphen, sondern lediglich Regelungsvorschläge. Eine Änderung sei im Interesse der Planungssicherheit des Geschäftsverkehrs sowie des Vertrauens der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen in ausbezahlte Löhne erforderlich gewesen. Eine neue Regelung solle für mehr Rechtssicherheit sorgen.⁶³⁹

Demnach sollte eine Kodifizierung der Rechtsprechung des BAG zum Bargeschäft erfolgen, indem eine besondere Regelung für Lohnzahlungen eingeführt werden sollte, nach der der Tatbestand des Bargeschäfts regelmäßig dann erfüllt sein sollte, wenn die entgeltete Arbeitsleistung nicht länger als drei Monate zurückliegt.⁶⁴⁰

§ 133 InsO sollte vollständig neu gefasst werden. Die Grundvoraussetzung sollte nicht mehr der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz sein, sondern eine unlautere Benachteiligung.⁶⁴¹ Das bisher vorherrschende subjektive Merkmal sollte einem objektiven weichen. Das neue Merkmal der unlauteren Benachteiligung sollte seinerseits durch drei abschließende Fallgruppen konkretisiert werden: Bei einer Deckungshandlung – gleich, ob kongruent oder inkongruent – sollte eine Unlauterkeit nur vorliegen, wenn der Schuldner Kenntnis von seiner Zahlungsunfähigkeit hat, die Deckung außerhalb eines ernsthaften Sanierungsversuchs erfolgt und keine gleichwertige Gegenleistung in das Schuldnervermögen gelangt, die zur Fortführung seines Unternehmens oder zur Sicherung seines Lebensbedarfs erforderlich ist und der Anfechtungsgegner diese Umstände positiv kennt. Liegt keine Deckungshandlung vor, sollte es bei der bisherigen Regelung eines eigenen Unlauterkeitstatbestands bleiben. Die dritte Variante der Unlauterkeit liegt vor, wenn ein mit einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung verbundener entgeltlicher Vertrag mit einer nahestehenden Person geschlossen wird (dies entspricht dem bisherigen § 133 Abs. 2 InsO).⁶⁴²

⁶³⁸ Bork, ZIP 2014, 1905.

⁶³⁹ Vgl. Bork, ZIP 2014, 1905.

⁶⁴⁰ Vgl. Bork, ZIP 2014, 1905.

⁶⁴¹ Vgl. Bork, ZIP 2014, 1905.

⁶⁴² Vgl. Bork, ZIP 2014, 1905.

Befriedigungen, die aus einer Zwangsvollstreckung erfolgen, sollten als kongruent definiert werden. Zudem sollte die Fälligkeit der Anfechtungsansprüche an die Geltendmachung durch den Insolvenzverwalter gekoppelt werden. Dadurch beginnt der Zinslaufferst zu einem späteren Zeitpunkt.⁶⁴³

3. Kritik

In einer kritischen Betrachtung dieser Eckpunkte warf *Bork* zunächst die Frage auf, ob eine Anfechtungsreform tatsächlich notwendig war. Dies sei bisher nicht mit „harten Zahlen“ belegt worden.⁶⁴⁴ Auf eine Rechtstatsachenforschung sei bisher verzichtet worden, sodass es scheine, als beuge sich die Politik „rückgratlos dem Geschrei interessierter Kreise“. ⁶⁴⁵ Die vorgeschlagene Regelung überzeuge dabei in vielen Punkten nicht, schon gar nicht der systematische Aufbau, in dem ein Sonderfall zum Haupttatbestand gemacht würde.⁶⁴⁶

Aber auch inhaltlich seien verschiedene Bedenken und Hinweise angebracht.⁶⁴⁷ Zunächst stelle der Verzicht auf ein voluntatives Element im subjektiven Tatbestand der Vorsatzanfechtung, wonach nicht mehr der Vorsatz der Gläubigerbenachteiligung, sondern die Kenntnis der eigenen Zahlungsunfähigkeit maßgebend sein soll, eine Verschärfung der Norm dar. Allerdings sei zur Begründung der Unlauterkeit bei Deckungsgeschäften nur noch diese Kenntnis relevant. Zwar lehne sich eine solche Regelung an die Rechtsprechung des BGH an, die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit wäre dabei jedoch nur eines unter mehreren Indizien für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz gewesen. Andere Umstände wären nach der neuen Regelung unbeachtlich.

Die Festlegung der Unlauterkeit anhand eines abschließenden Katalogs wäre aber ein „völlig untauglicher Versuch“, ⁶⁴⁸ eine gelungene Normierung zu erreichen. Denn: „Die menschliche Bosheit ist auch bei Deckungsgeschäften deutlich fantasievoller, als es sich ein Gesetzgeber vorstellen könnte.“⁶⁴⁹ Ein abschließender Katalog würde schnell Lücken aufzeigen und den Ersteller der Norm „blamieren“. ⁶⁵⁰ Der Rechtsprechung bliebe dann nur, diese Fälle nicht zu ahnden oder aber trotz Analogieverbots Umgehungstatbestände

⁶⁴³ Vgl. *Bork*, ZIP 2014, 1905.

⁶⁴⁴ *Bork*, ZIP 2014, 1905.

⁶⁴⁵ *Bork*, ZIP 2014, 1905, 1906.

⁶⁴⁶ *Bork*, ZIP 2014, 1905, 1906.

⁶⁴⁷ *Bork*, ZIP 2014, 1905, 1906 ff.

⁶⁴⁸ *Bork*, ZIP 2014, 1905, 1906.

⁶⁴⁹ *Bork*, ZIP 2014, 1905, 1906.

⁶⁵⁰ *Bork*, ZIP 2014, 1905, 1906.

im Rahmen der Subsumtion zur Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit zu schaffen. Dies bewirke jedoch keine Rechtssicherheit, wie sie der Gesetzgeber anstrebe, sondern verhindere diese.⁶⁵¹

Zu diesem Katalog tritt nach *Bork* wiederum eine Ausnahme der Ausnahme hinzu: Trotz beiderseitiger Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit solle eine Anfechtung ausgeschlossen sein, wenn die Deckungshandlung im Rahmen eines ernsthaften Sanierungsversuchs erfolgt oder eine gleichwertige Gegenleistung in das Schuldnervermögen gelangt. Dies würde lediglich die bisherige Rechtsprechung des BGH festigen. Die Hoffnung der Verfasser, durch diese Regelung insbesondere Entgeltzahlungen eines insolventen Abreitgebers von der Anfechtung auszunehmen, stehe jedenfalls auf „tönernen Füßen“. ⁶⁵² Durch die Regelung würde ein neuer Streit entstehen, ob die erbrachte Arbeitsleistung zur Betriebsfortführung wirklich erforderlich war. Dies würde den Kündigungsschutzprozess faktisch in den Anfechtungsstreit verlagern. Auch dadurch würde wiederum kein „gelter Beitrag zum Thema Rechtssicherheit geschaffen“. ⁶⁵³

Zudem hebe das Eckpapier hervor, dass die Beweislast insgesamt beim Insolvenzverwalter liegen solle – auch dafür, dass der Anfechtungsgegner weder die Zahlungsunfähigkeit kannte noch die Kenntnis des Schuldners, und auch keinen der beiden Ausnahmetatbestände. Dies erscheine ungerecht, und zudem untypisch für den prozessualen Grundsatz, nach dem jede Partei die für sie günstigen Elemente zu beweisen hat. Einer solchen Regelung liege somit keine prozessuale Zweckmäßigkeitserwägung zugrunde, sondern ein eigener Gerechtigkeitsgehalt, für den keine Rechtfertigung ersichtlich sei. ⁶⁵⁴ Zudem müsse man kein „Prophet“ sein, um zu prognostizieren, dass es erneut zu einer umfassenden Gesamtwürdigung, wie sie bisher durch die Gerichte erfolgte, kommen wird, um den massenweise zu erwartenden Schutzbehauptungen der Anfechtungsgegner zu begegnen. ⁶⁵⁵

Auch der Vorschlag des Eckpunktpapiers, „verkehrsübliche Zahlungserleichterungen“ aus der Anfechtung auszunehmen, stößt bei *Bork* auf Kritik. Eine solche Regelung verkenne die Rechtslage „gewaltig“. ⁶⁵⁶ Sobald der Schuldner um eine Ratenzahlungsvereinbarung bitte, offenbare er nun mal seine Zahlungseinstellung und Zahlungsunfähigkeit,

⁶⁵¹ *Bork*, ZIP 2014, 1905, 1906.

⁶⁵² *Bork*, ZIP 2014, 1905, 1906.

⁶⁵³ *Bork*, ZIP 2014, 1905, 1907.

⁶⁵⁴ *Bork*, ZIP 2014, 1905, 1907.

⁶⁵⁵ *Bork*, ZIP 2014, 1905, 1907.

⁶⁵⁶ *Bork*, ZIP 2014, 1905, 1907.

und somit hätten beide Parteien erkennbar Kenntnis davon. Im Rahmen von Zahlungsvereinbarungen müsse daher der Fokus vielmehr auf der Frage liegen, inwiefern durch eine Ratengewährung die Zahlungsunfähigkeit erkennbar wieder beseitigt werde. Dies sei bei gewerblichen Schuldern regelmäßig nicht gegeben. Daher könne eine Gesetzgebung laut *Bork* – egal, wie sie begründet wäre – an der Rechtsprechung diesbezüglich nichts ändern.⁶⁵⁷

Auch bezüglich einer Privilegierung von Arbeitnehmern durch die besondere Gestaltung des Bargeschäfts sei bereits alles Nötige durch den BGH festgestellt worden: Ein Privileg – wie es durch die Rechtsprechung des BAG bereits geschaffen worden sei – würde ein systemwidriges Sonderrecht darstellen, das mit dem Gleichheitsgrundsatz unvereinbar sei und für das es angesichts der Möglichkeit der Auszahlung von Insolvenzgeld keine Rechtfertigung gäbe.⁶⁵⁸

„Richtig ärgerlich“ werde es nach *Bork*, wenn Zwangsvollstreckungsbefriedigungen als kongruent gewertet würden. Dies bewirke lediglich einen Schutz institutioneller Gläubiger, wie dem Fiskus und Sozialversicherungsträgern, die in der Lage seien, sich ihre Titel schnell und selbst zu verschaffen. Hier werde eine „Selbstbedienungsmentalität des Staates“⁶⁵⁹ unter dem Deckmantel sozialer Fürsorge propagiert.⁶⁶⁰

Insgesamt sei in den Eckpunkten somit kein überzeugender Regelungsvorschlag gegeben, lautet das Urteil von *Bork*. Die Vorschläge verfehlten darüber hinaus ihre Ziele, wie den Schutz der Arbeitnehmerschaft, den Schutz des Mittelstandes und die Herstellung von Rechtssicherheit.⁶⁶¹ Zudem werde eine deutliche, ordnungspolitisch inakzeptable Reduzierung der Eröffnungsquote bewirkt. Dies widerspreche der Gesetzesbegründung der InsO, wonach ein „Funktionsverlust des Insolvenzrechtes“⁶⁶² die „Überzeugungskraft der Rechtsordnung“⁶⁶³ in Frage stelle.⁶⁶⁴

Gegen die Vorschläge des Eckpunktpapieres richtet sich auch der *Verband Insolvenzverwalter Deutschlands e.V.* in einem Schreiben an die Sprecherin der Arbeitsgruppe Recht

⁶⁵⁷ *Bork*, ZIP 2014, 1905, 1907.

⁶⁵⁸ *Bork*, ZIP 2014, 1905, 1908.

⁶⁵⁹ *Bork*, ZIP 2014, 1905, 1908.

⁶⁶⁰ *Bork*, ZIP 2014, 1905, 1908.

⁶⁶¹ *Bork*, ZIP 2014, 1905, 1909.

⁶⁶² BT-Drucks. 12/2443, S. 72.

⁶⁶³ BT-Drucks. 12/2443, S. 72.

⁶⁶⁴ *Bork*, ZIP 2014, 1905, 1909.

und Verbraucherschutz der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Elisabeth Winkelmeier-Becker.⁶⁶⁵ Angemerkt wird dabei, dass nicht der Mittelstand von den Vorschlägen profitiere, sondern institutionelle Gläubiger wie Krankenversicherungen, Finanzämter und Banken, da nur diese in der Lage seien, zügig und kostengünstig Vollstreckungstitel zu erhalten, mit deren Hilfe sie in Zukunft anfechtungsfreie Deckungen durch Zwangsvollstreckungen erlangen könnten.

Hinzu komme, dass die Zahl der eröffneten Insolvenzverfahren deutlich sinken würde. Dies würde aber der ausdrücklichen Intention der Insolvenzordnung widersprechen, die nach der Abwendung von der Konkursordnung eine Erhöhung der Eröffnungsquote von ca. 30% auf 70% bewirkt habe.

Die dann geringere Zahl der eröffneten Verfahren würde wiederum die Landeskassen in einem erheblichen Umfang belasten, da die verspätete Beantragung dazu führen würde, dass die Zahl der Verfahren mit Verfahrenskostenstundung steigt. Eine Kostenneutralität für die Bundesländer sei daher keinesfalls gegeben.

Auch Sanierungschancen würden nicht gefördert, sondern deutlich reduziert werden, da die finanziellen Mittel, die aus der Anfechtung stammen könnten, fehlten.

Die schlechteren Sanierungschancen in einem geordneten Verfahren, in dem die Masse durch die Anfechtungsmöglichkeiten erheblich angereichert werden kann, ließen letztlich die Arbeitnehmer einer Schuldnerin zu den großen Verlierern einer derartigen Neuregelung werden, denn gerade diese hofften auf eine erfolgreiche Sanierung, die Arbeitsplätze erhalten kann. Selbst bei einer Abwicklung würden wichtige Dienstleistungen der Insolvenzverwalter im Zusammenhang mit Arbeitszeugnissen, Insolvenzgeldbescheinigungen, Rentenbescheinigungen, Freigaben von Arbeitnehmerversicherungen etc., die von großer Bedeutung seien, durch die Nichteröffnung entfallen.

Letztlich würde die Ordnungsfunktion des Insolvenzverfahrens insgesamt deutlich in Mitleidenschaft gezogen werden.

Profitieren würden davon nur Geschäftsführer und Vorstände, die doch aber in der weit überwiegenden Anzahl der Verfahren die Insolvenz mit zu verantworten hätten. Bei einer

⁶⁶⁵ Schreiben von Herrn Dr. Christoph Niering, Vorstandsvorsitzender des Verbandes Insolvenzverwalter Deutschlands e.V., an Frau Elisabeth Winkelmeier-Becker vom 17.09.2014.

Nichteröffnung fehle die Interessenwahrnehmung der Gläubigergesamtheit durch den Insolvenzverwalter und dessen Zuarbeit an die Strafverfolgungsbehörden, um eine erfolgreiche Durchsetzung der Strafinteressen zu gewährleisten. Geschäftsführendes Fehlverhalten würde dann oftmals sowohl zivilrechtlich als auch strafrechtlich ohne Folgen bleiben.⁶⁶⁶

Durch die Einführung neuer auslegungsbedürftiger Begriffe werde auch nicht die Rechtssicherheit gestärkt, sondern die Unsicherheit erneut geschürt.⁶⁶⁷

Gleichwohl räumt der Vorstandsvorsitzende des Verbandes Insolvenzverwalter Deutschlands in diesem Schreiben ein, dass es in Detailbereichen des Anfechtungsrechtes in den letzten Jahren Fehlentwicklungen gegeben habe, die aber durch minimalinvasive Eingriffe korrigiert werden könnten. Dazu bedürfe es einer vorsichtigen Neujustierung, die einen gewissenhaften Ausgleich der widerstreitenden Interessen zwischen Schuldner, Insolvenzgläubiger und der Allgemeinheit an einem verlässlichen Rechtsverkehr schaffe. Insbesondere aufgrund der Bedeutung eines Instituts, das schon im römischen Recht zur Anwendung kam und bis heute entwickelt wurde und wird, bedürfe es einer ausreichend breiten und fachlichen Diskussion, in der alle Interessen zum Ausdruck kommen.⁶⁶⁸

4. Referentenentwurf

Der Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und Verbraucherschutz vom 16.03.2015⁶⁶⁹ knüpfte an das Eckpunktpapier an. Der Referentenentwurf sah eine Änderung des Anfechtungsrechtes mit dem Ziel vor, den Rechtsverkehr von bestehenden Rechtsunsicherheiten zu befreien.

Der Entwurf sah die folgenden Änderungen vor:

In Absatz 1 Satz 1 sollte vor den Wörtern *zu benachteiligen* das Wort *unangemessen* eingefügt werden, Satz 2 sollte durch die folgenden Sätze ersetzt werden:

„Eine unangemessene Benachteiligung liegt nicht vor, wenn 1. für eine Leistung des Schuldners unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, die zur Fortführung sei-

⁶⁶⁶ Schreiben von Herrn Dr. Christoph Niering, Vorstandsvorsitzender des Verbandes Insolvenzverwalter Deutschlands e.V. an Frau Elisabeth Winkelmeier-Becker vom 17.09.2014.

⁶⁶⁷ Ebd.

⁶⁶⁸ Ebd.

⁶⁶⁹ Im Internet abrufbar unter der URL http://www.heribert-hirte.de/images/Gesetzesvorhaben/Insolvenzanfechtung/RefE_Reform_Insolvenzanfechtung.pdf, 03.01.2016, 19:19.

nes Unternehmens oder zur Sicherung seines Lebensbedarfs erforderlich ist, oder 2. die Rechtshandlung Bestandteil eines ernsthaften Sanierungsversuchs ist. Es wird vermutet, dass der andere Teil den Vorsatz des Schuldners kannte, wenn er zur Zeit der Rechtshandlung wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und dass die Handlung die Gläubiger unangemessen benachteiligte.“

Nach Absatz 1 sollten die folgenden Absätze 2 und 3 eingefügt werden:

„(2) Hat die Rechtshandlung dem anderen Teil eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht, beträgt der Zeitraum nach Absatz 1 Satz 1 vier Jahre.

(3) Hat die Rechtshandlung dem anderen Teil eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht, welche dieser in der Art und zu der Zeit beanspruchen konnte, tritt bei der Vermutung nach Absatz 1 Satz 3 an die Stelle der drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners die eingetretene. Die Kenntnis des anderen Teils vom Vorsatz des Schuldners kann nicht allein daraus abgeleitet werden, dass 1. der andere Teil mit dem Schuldner eine Zahlungsvereinbarung nach § 802b Absatz 2 Satz 1 der Zivilprozessordnung abgeschlossen hat oder 2. der Schuldner beim anderen Teil im Rahmen der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs um eine Zahlungserleichterung nachgesucht hat.“

Die Vorsatzanfechtung enthielt in diesem Entwurf die in dem Eckpunktpapier des Bundesministeriums für Justiz vorgeschlagenen Einschränkungen. Die Benachteiligung muss nunmehr unangemessen sein, für das Fehlen der Unangemessenheit zählt der Gesetzesentwurf zwei Fallbeispiele auf: das Bargeschäft und den ernsthaften Sanierungsentwurf. Unklar bleibt dabei, ob eine Benachteiligung in anderen Fällen stets als unangemessen zu betrachten ist, oder ob die Unangemessenheit dort jeweils einer besonderen Abwägung bedarf. Abzuwarten bliebe dann, wie die Rechtsprechung den Begriff der Unangemessenheit in solchen Fällen auslegt.

Zudem wird die Anfechtungsfrist im Rahmen kongruenter Deckungen auf vier Jahre begrenzt. Auch dieser Zeitraum überschreitet das Zeitfenster des § 131 InsO deutlich und lässt Zweifel offen, inwiefern Geschäftspartner dazu in der Lage sind, den neu gewählten Zeitraum zu *überblicken*.

Weitere Einschränkungen werden für Sicherungsgewährungen eingeräumt. Diese beschränken die Indizien und Vermutungsregelungen zur Kenntnis des Anfechtungsgegners von dem Anfechtungsvorsatz. Herausgenommen werden könnten damit geschäftsübliche Ratenzahlungen, zumindest aus der Vermutungsregelung. Dies könnte in diesem Bereich zu einer erhöhten Rechtssicherheit führen. Offen bleibt dabei jedoch, welche neuen Indizien zur Bildung der subjektiven Merkmale gefunden werden.

Insgesamt orientiert sich der Referentenentwurf allein an den Hauptkritiken und den Forderungen der Wirtschaft. Der Entwurf greift dabei ausdrücklich ganz bestimmte Aspekte heraus, indem er besonders auf Sanierungskonzepte, auf Bargeschäfte und auf Ratenzahlungsvereinbarungen eingeht. Somit geht der Entwurf zwar auf die in der Öffentlichkeit am lautesten vorgebrachten Forderungen ein, er bemüht sich jedoch nicht darum, eine möglichst abstrakte, auf eine Vielzahl von Fällen einheitlich anwendbare Regelung zu schaffen. Er orientiert sich stattdessen an Wirtschaftsergebnissen und nicht an Sinn und Zweck der Vorsatzanfechtung. Um eine Norm, die sich aus verschiedensten Ausnahmen zusammensetzt, zu vermeiden, sollten sich die Referenten auf die Gemeinsamkeiten dieser gebildeten Ausnahmen besinnen und nach dem zu Grunde liegenden Telos der Anfechtungsnorm des § 133 InsO fragen. Anhand dieses Telos ließe sich sicherlich eine Fassung des Gesetzesentwurfs bilden, die weniger reinen Wirtschaftsinteressen folgt.

Der Referentenentwurf wurde vielfach begrüßt.⁶⁷⁰ Kritisiert wurde aber, die zentrale Bedeutung des Tatbestandsmerkmals der Unangemessenheit komme in Wortlaut und Begründung noch nicht hinreichend zum Ausdruck.⁶⁷¹ Es müsse erkennbar werden, dass mit dem Merkmal der Unangemessenheit ein eigenständiger, weitergehender Unwertgehalt verbunden sei.⁶⁷²

5. Regierungsentwurf vom 27.12.2015 und Gesetzesänderung

Am 27. Dezember 2015 stellte die Bundesregierung einen entsprechend veränderten Gesetzesentwurf vor.⁶⁷³ Dieser wurde schließlich im Kern angenommen und umgesetzt. Am 5. April 2017 trat das neue Anfechtungsrecht in Form einer *punktuellen Neujustierung*⁶⁷⁴ in Kraft.

Durch die Gesetzesreform sollen der Wirtschaftsverkehr sowie Arbeitnehmer von den Rechtsunsicherheiten entlastet werden, die von der Praxis des Insolvenzanfechtungsrechts ausgegangen seien. Das geltende Insolvenzanfechtungsrecht habe den Wirtschaftsverkehr mit unverhältnismäßigen und unkalkulierbaren Risiken belastet. Zudem sei die Insolvenzanfechtung nicht immer interessengerecht gewesen.⁶⁷⁵ Insgesamt solle die Gesetzesänderung gewährleisten, dass das Insolvenzanfechtungsrecht in seiner praktischen

⁶⁷⁰ etwa in den Stellungnahmen des BDI; BDIU; gemeinsame Stellungnahme.

⁶⁷¹ Stellungnahme BDI, S. 2; gemeinsame Stellungnahme, S. 3.

⁶⁷² Stellungnahme BDI, S. 4.

⁶⁷³ BT-Drucks. 18/7054.

⁶⁷⁴ BT-Drucks. 18/7054, S. 1.

⁶⁷⁵ BT-Drucks. 18/7054, S. 1.

Handhabung einen angemessenen Ausgleich zwischen den Insolvenzgläubigern und den potentiellen Anfechtungsgegnern schaffe.⁶⁷⁶ Von zentraler Bedeutung sind für den Gesetzgeber der Schutz von Zahlungserleichterungen, die Sicherung von Arbeitsentgeltzahlungen und der Schutz von Vollstreckungserfolgen gewesen.⁶⁷⁷

Im Anfechtungsrecht erfolgte schließlich eine Änderung von § 133 sowie § 142 InsO. § 133 InsO erhielt durch die Reform zwei neue Absätze, § 142 Abs. 1 InsO wurde erweitert und ebenfalls um einen weiteren Absatz ergänzt.

Die nunmehr gültigen Fassungen lauten wie folgt (fett hervorgehoben die Änderungen gegenüber der §§ 133, 142 InsO a.F.):

„§ 133 Vorsätzliche Benachteiligung

(1) Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, die der Schuldner in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte. Diese Kenntnis wird vermutet, wenn der andere Teil wußte, daß die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und daß die Handlung die Gläubiger benachteiligte.

(2) Hat die Rechtshandlung dem anderen Teil eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht, beträgt der Zeitraum nach Absatz 1 Satz 1 vier Jahre.

(3) Hat die Rechtshandlung dem anderen Teil eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht, welche dieser in der Art und zu der Zeit beanspruchen konnte, tritt an die Stelle der drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nach Absatz 1 Satz 2 die eingetretene. Hatte der andere Teil mit dem Schuldner eine Zahlungsvereinbarung getroffen oder diesem in sonstiger Weise eine Zahlungserleichterung gewährt, wird vermutet, dass er zur Zeit der Handlung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht kannte.

(4) Anfechtbar ist ein vom Schuldner mit einer nahestehenden Person (§ 138) geschlossener entgeltlicher Vertrag, durch den die Insolvenzgläubiger unmittelbar benachteiligt werden. Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn der Vertrag früher als zwei Jahre vor dem Eröffnungsantrag geschlossen worden ist oder wenn dem anderen Teil zur Zeit des Vertragsschlusses ein Vorsatz des Schuldners, die Gläubiger zu benachteiligen, nicht bekannt war.“

„§ 142 Bargeschäft

⁶⁷⁶ BT-Drucks. 18/7054, S. 1, 10.

⁶⁷⁷ BT-Drucks. 18/7054, S. 2, 11 f.

(1) Eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, ist nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 **Absatz 1 bis 3** gegeben **sind und der andere Teil erkannt hat, dass der Schuldner unlauter handelte.**

(2) **Der Austausch von Leistung und Gegenleistung ist unmittelbar, wenn er nach Art der ausgetauschten Leistungen und unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs in einem engen zeitlichen Zusammenhang erfolgt. Gewährt der Schuldner seinem Arbeitnehmer Arbeitsentgelt, ist ein enger zeitlicher Zusammenhang gegeben, wenn der Zeitraum zwischen Arbeitsleistung und Gewährung des Arbeitsentgelts drei Monate nicht übersteigt. Der Gewährung des Arbeitsentgelts durch den Schuldner steht die Gewährung dieses Arbeitsentgelts durch einen Dritten nach § 267 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gleich, wenn für den Arbeitnehmer nicht erkennbar war, dass ein Dritter die Leistung bewirkt hat.“**

Im Kern bleibt § 133 Abs. 1 InsO unverändert. § 133 Abs. 1 InsO fungiert nach der amtlichen Begründung weiter als Grundtatbestand der Vorsatzanfechtung, indem er weiterhin für sämtliche Schuldnerhandlungen gilt.⁶⁷⁸ Allein die Vorsatzanfechtung von Deckungshandlungen werde durch die Sonderregelungen in den Absätzen 2 und 3 maßvoll zurückgenommen. Absatz 2 gelte dabei für alle (kongruente und inkongruente) Deckungshandlungen, Absatz 3 betreffe hingegen nur kongruente Deckungshandlungen. In vielen Fällen ergebe sich daher keine Änderung der geltenden Rechtslage. Für inkongruente Deckungen ändere sich allein der Anfechtungszeitraum, für Fälle der kongruenten Deckung erfolge hingegen eine Abschwächung der gesetzlichen Vermutung der Kenntnis des Anfechtungsgegners von dem Benachteiligungsvorsatz des Schuldners. Denn die Vermutung knüpfe nunmehr an die tatsächlich eingetretene Zahlungsunfähigkeit des Schuldners an. Damit werde dem Umstand Rechnung getragen, dass bei Gewährung einer kongruenten Deckung eine geschuldete Leistung erbracht werde und dass der Schuldner vor Eintritt der Insolvenz grundsätzlich frei sei zu entscheiden, welche Forderungen er erfülle.⁶⁷⁹ Zudem enthalte Absatz 3 Satz 2 eine wichtige Regelung für die Behandlung der praktisch relevanten Fallgruppe der Zahlungserleichterung, um der „Erosion bewährter und effizienter Verkehrsübungen“⁶⁸⁰ zu begegnen.⁶⁸¹ Absatz 3 Satz 2 enthält hierfür eine Vermutung, wonach der Anfechtungsgegner die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners im Falle einer Zahlungserleichterung nicht kannte. Dahinter stehe

⁶⁷⁸ BT-Drucks. 18/7054, S. 13.

⁶⁷⁹ BT-Drucks. 18/7054, S. 13.

⁶⁸⁰ BT-Drucks. 18/7054, S. 11.

⁶⁸¹ BT-Drucks. 18/7054, S. 13.

der Gedanke, dass mit einer gewährten Stundung oder einer getroffenen Ratenzahlungsvereinbarung eine offenbar werdende Liquiditätslücke beseitigt werden könne.⁶⁸²

Durch die Neujustierung von § 142 InsO werde das „*grundsätzlich anfechtungsausschließende Bargeschäftsprivileg*“⁶⁸³ auf die Vorsatzanfechtung ausgeweitet, indem eine tatbestandliche Einschränkung eingeführt werde.⁶⁸⁴ Eine Anfechtung ist nur noch möglich, wenn der Schuldner unlauter handelt und der Leistungsempfänger dies erkennt. Ein unlauteres Verhalten setze mehr voraus als die Vornahme der Rechtshandlung in dem Bewusstsein, nicht mehr in der Lage zu sein, alle Gläubiger befriedigen zu können.⁶⁸⁵ Es müssten hinreichend gewichtige Umstände hinzutreten, um in dem vollzogenen bargeschäftlichen Austausch einen besonderen Unwert zu erkennen – etwa eine gezielte Benachteiligung.⁶⁸⁶ Dadurch werde die Vorsatzanfechtung im Vergleich zur Judikatur weiter eingeschränkt.⁶⁸⁷

Zudem regelt § 142 InsO nunmehr die Anfechtbarkeit von Arbeitsentgeltzahlungen. Die Neufassung greife die höchstrichterliche Rechtsprechung des BAG auf und löse so die zwischen dem BAG und BGH bestandenen Divergenzen auf. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BAG sei die für ein Bargeschäft notwendige Unmittelbarkeit des Austausches im Rahmen von Arbeitsverträgen dann zu bejahen, wenn der Zeitraum zwischen dem Beginn der Arbeitsleistung, deren Vergütung in Streit stehe, und der Auszahlung des Arbeitsentgelts drei Monate nicht übersteige.⁶⁸⁸ Satz 3 der Neuregelung wurde erst nach den Beratungen im Ausschuss und öffentlichen Anhörung ergänzt. Die erfolgte Änderung trage der von Seiten der Sachverständigen in der öffentlichen Anhörung geäußerten Kritik, dass für den Arbeitnehmer nicht erkennbare Drittzahlungen auf das Arbeitsentgelt im gleichen Umfang wie Zahlungen des Arbeitgebers selbst von der Anfechtung ausgenommen werden sollten, Rechnung.⁶⁸⁹ Die SPD-Fraktion sowie die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN bedauern jedoch, dass das geplante Arbeitnehmerprivileg nicht vollständig habe umgesetzt werden können.⁶⁹⁰

⁶⁸² BT-Drucks. 18/7054, S. 16.

⁶⁸³ BT-Drucks. 18/7054, S. 1.

⁶⁸⁴ BT-Drucks. 18/7054, S. 6.

⁶⁸⁵ BT-Drucks. 18/7054, S. 17.

⁶⁸⁶ BT-Drucks. 18/7054, S. 17 f.

⁶⁸⁷ BT-Drucks. 18/7054, S. 13.

⁶⁸⁸ BT-Drucks. 18/7054, S. 13 f.

⁶⁸⁹ BT-Drucks. 18/11199, S. 11.

⁶⁹⁰ BT-Drucks. 18/11199, S. 10 f.

Der Gesetzesentwurf sah ursprünglich zudem eine Änderung von § 131 InsO vor. Angeführt wurde, dass die Möglichkeit, Sicherungen und Befriedigungen – insbesondere solche, die ein Gläubiger durch Zwangsvollstreckung erwirkt habe – anzufechten, nicht interessengerecht sei.⁶⁹¹ § 131 InsO sollte daher geändert werden, indem Absatz 1 folgender Satz angefügt werden sollte.⁶⁹²

„Eine Rechtshandlung wird nicht allein dadurch zu einer solchen nach Satz 1, dass die Sicherung oder Befriedigung durch Zwangsvollstreckung erwirkt oder zu deren Abwendung bewirkt worden ist.“

Die vorgesehene Änderung von § 131 InsO und die damit verbundene Privilegierung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen entfiel nunmehr gänzlich. Den Erkenntnissen aus der öffentlichen Anhörung entsprechend habe man auf das sogenannte indirekte Fiskusprivileg verzichtet, lautet die abschließende Stellungnahme der Regierungsfractionen.⁶⁹³ *Niering* und *Kurz* hatten in der öffentlichen Anhörung die Kritik, die bereits an dem Referentenentwurf vom 16.06.2015 bestand, aufgegriffen: § 131 Abs. 1 S. 2 RegE bewirke eine nicht gerechtfertigte Privilegierung öffentlicher Gläubiger.⁶⁹⁴ Zudem sei § 131 Abs. 1 S. 2 RegE nach *Huber* nicht mit dem Normzweck des Anfechtungstatbestandes vereinbar. Die Gläubigergleichbehandlung gelte in dem Zeitraum des § 131 InsO auch für Sicherungen, die durch Zwangsvollstreckung erlangt worden seien.⁶⁹⁵

6. Kritik

Rechtssicherheit und *Kalkulierbarkeit* durch ein *punktuell neu justiertes* Insolvenzanfechtungsrecht sind die erklärten Ziele der Bundesregierung. Fraglich bleibt, ob diese Ziele mit der Gesetzesreform erreicht werden können.

Die Verkürzung der Anfechtungsfrist in § 133 Abs. 2 InsO führt zunächst dazu, dass der Anfechtungszeitraum bei Deckungshandlungen überschaubarer wird. Dies führt im Ergebnis zu einem Mehr an Planungs- und Rechtssicherheit. Dennoch bleibt eine Diskrepanz und der aufgezeigte systematische Konflikt zwischen der Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO und einer Anfechtung nach den §§ 130, 131 InsO bestehen. Zugleich führt die Verkürzung zu einem neuen Abgrenzungsproblem, denn sie erfasst sowohl kongruente als auch inkongruente Deckungshandlungen. Zu Recht weist *Thole* darauf hin, dass es

⁶⁹¹ BT-Drucks. 18/7054, S. 1.

⁶⁹² BT-Drucks. 18/7054, S. 5.

⁶⁹³ BT-Drucks. 18/11199, S. 10.

⁶⁹⁴ *Niering*, Stellungnahme, S. 4.

⁶⁹⁵ *Huber*, Stellungnahme, S. 3.

„nicht recht verständlich“ sei, warum auch inkongruente Deckungen von dem Privileg erfasst seien, wenn der Gesetzgeber gerade nur kongruente Deckungen privilegieren wollte.⁶⁹⁶ Dies führt im Ergebnis dazu, dass jetzt zwischen einer Deckungshandlung einerseits und sonstigen Vermögensverschiebungen andererseits unterschieden werden muss. Eine derartige Unterscheidung und Abgrenzung ist dem Insolvenzrecht bislang fremd gewesen.⁶⁹⁷ *Thole* befürchtet, dass dies „Abgrenzungsfragen und Wertungswidersprüche heraufbeschwören“ wird.⁶⁹⁸

Spannend wird es auch, wie die Rechtsprechung mit der neuen Beweisverteilung zwischen dem Anfechtungsgegner und dem Insolvenzverwalter, insbesondere mit der „umgekehrten Vermutung“ des § 133 Abs. 3 S. 2 InsO, umgehen wird und wie die neuen Vermutungen in die Indizien-systematik des BGH eingeordnet werden.

Nach der Vermutungsregelung des § 133 Abs. 3 S. 1 InsO kann die Kenntnis des Schuldners vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz bei einer kongruenten Deckung nur noch auf die eingetretene und nicht mehr auf die drohende Zahlungsunfähigkeit gestützt werden. *Kindler, Bitzer und Thole* bezweifeln, dass sich, dass diese Änderung auch zu einer Änderung der Vermutungskaskade führt: Weiterhin könne die Vermutung der Kenntnis des anderen Teils von dem Benachteiligungsvorsatz des Schuldners aus einer vermuteten Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners hergeleitet werden, wenn der andere Teil die Umstände kannte, aus denen er zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners schließen musste. Da eine Zahlungseinstellung weiterhin gem. § 17 Abs. 2 S. 2 InsO die Vermutung der Zahlungsunfähigkeit begründe, werde sich in der Praxis nichts ändern.⁶⁹⁹

Die Regelung in § 133 Abs. 3 S. 2 InsO scheint auf den ersten Blick widersinnig⁷⁰⁰ oder wie *Thole* es formuliert: Der Gesetzgeber habe eine „merkwürdige gesetzliche Gegenvermutung“ erschaffen, „die eigentlich keine rechte Funktion“ habe.⁷⁰¹ Bislang ging die Praxis davon aus, dass die Gewährung einer Zahlungserleichterung ein Indiz für die Kenntnis von Zahlungsschwierigkeit darstellen kann. Nunmehr soll gelten, dass ein Gläubiger die Bitte seines Schuldners um eine Ratenzahlung nicht als Zeichen von Zahlungsschwierig-

⁶⁹⁶ *Thole*, ZIP 2017, 401, 403.

⁶⁹⁷ *Kindler/Blitzer*, NZI 2017, 369, 373.

⁶⁹⁸ *Thole*, ZIP 2017, 401, 403.

⁶⁹⁹ *Kindler/Blitzer*, NZI 2017, 369, 374; *Thole*, ZIP 2017, 401, 404f.

⁷⁰⁰ So auch: *Antholz*, Bundestag.

⁷⁰¹ *Thole*, ZIP 2017, 401, 405.

keiten sieht. Es wird sogar vermutet, dass der Gläubiger die Zahlungsschwierigkeiten gerade nicht kannte. Das Gesetz normiert eine negative Tatsachenvermutung, nämlich die Nichtkenntnis von der Zahlungsunfähigkeit. Weiterhin können jedoch andere Umstände wie die mit der Bitte verbundene Erklärung des Insolvenzschuldners, er sei pleite, Berücksichtigung finden.⁷⁰² Warum sollte es auch sonst zu einer Zahlungserleichterung kommen? Die Vermutung lässt sich auch dann nicht mehr aufrechterhalten, wenn der Schuldner innerhalb der vereinbarten Zahlungserleichterung die geschuldete Ratenzahlung einstellt und später wiederaufnimmt. Um diesem denklogischen Widerspruch zu begegnen, plädieren bereits die ersten Autoren für eine teleologische Reduktion.⁷⁰³ Es drängt sich die Frage auf, ob die neue „umgekehrte Vermutung“ aufgrund dieser Widerspruchlichkeit zu einer praktischen Veränderung und zu einer Erschwerung der Vorsatzanfechtung führen wird.⁷⁰⁴ Im Übrigen traf den Insolvenzverwalter auch vor der Reform die Darlegungs- und Beweislast für die Kenntnis des Benachteiligungsvorsatzes. *Thole* erkennt zutreffend, dass § 133 Abs. 3 S. 2 InsO insofern nur einen wirklichen Anwendungsbereich hat, wenn die Vermutung korrigierend dahingehend ausgelegt wird, dass eine Zahlungserleichterung nicht einmal als Indiz im Rahmen der Gesamtwürdigung herangezogen werden darf.⁷⁰⁵

Auch die geladenen Sachverständigen äußerten sich in der öffentlichen Anhörung zu § 133 Abs. 3 InsO insgesamt kritisch: *Weiland* befürchtete, dass diese Regelung zu einer Fülle neuer Urteile zur Frage der Abgrenzung zwischen der Kenntnis von Umständen, die auf eine Zahlungsunfähigkeit, und von solchen, die lediglich auf eine drohende Zahlungsunfähigkeit hindeuten, führe.⁷⁰⁶ Hieraus werde eine erhebliche Rechtsunsicherheit resultieren.⁷⁰⁷ *Huber* lehnte insbesondere die Sonderregel für die Vorsatzanfechtung kongruenter Deckungen bei der Fallgruppe „Zahlungserleichterungen“ nach dem neuen § 133 Abs. 2 S. 2 InsO ab. Die Vermutung sei willkürlich und denklogisch unhaltbar.⁷⁰⁸ Es fehle bereits an einer Vermutungsgrundlage.⁷⁰⁹ Dem fügte *Niering* hinzu, dass die

⁷⁰² *Thole*, ZIP 2017, 401, 405.

⁷⁰³ *Kindler/Blitzer*, NZI 2017, 369, 375.

⁷⁰⁴ So auch: *Kindler/Blitzer*, NZI 2017, 369, 376.

⁷⁰⁵ *Thole*, ZIP 2017, 401, 405.

⁷⁰⁶ *Weiland*, Stellungnahme, S. 4.

⁷⁰⁷ *Weiland*, Stellungnahme, S. 4.

⁷⁰⁸ *Huber*, Stellungnahme, S. 5.

⁷⁰⁹ *Huber*, Stellungnahme, S. 11.

Vermutung zu einer Umgehung der in § 133 InsO angelegten Missbrauchskontrolle führe.⁷¹⁰

Die Änderungen von § 142 InsO sind größtenteils zu begrüßen. Positiv zu bewerten ist zum einen die spezifischere Definition des Bargeschäfts. Ebenfalls positiv ist grundsätzlich auch die Erweiterung des Bargeschäftsprivilegs auf die Vorsatzanfechtung. Dadurch erfolgt eine Entschärfung der Vorsatzanfechtung, wie sie gewünscht war. Auch der Schutz von Arbeitsentgelt durch § 142 Abs. 2 S. 3 InsO ist zu begrüßen. Der Gesetzgeber kodifizierte und sicherte die Rechtsprechung des BAG und wirkte so der Diskrepanz, die zwischen dem BAG und der BGH bestand, entgegen.

Zutreffend führten die Sachverständigen in der öffentlichen Anhörung zudem an, dass die vorgesehene Änderung beim Bargeschäft nach § 142 InsO systematisch verfehlt sei, da das Merkmal „unlauter“ im § 133 InsO einzuordnen sei.⁷¹¹ Kurz betont, dass ein Unwertelement im Rahmen der Vorsatzanfechtung, § 133 InsO zwingend erforderlich und im Tatbestand der Vorsatzanfechtung zu verorten sei.⁷¹² Der Regierungsentwurf lasse die Frage unbeantwortet, worin der besondere Unwert liege, der eine Anfechtung nach § 133 InsO rechtfertige.⁷¹³ Fraglich ist insofern, ob ein unlauteres Verhalten bei einem unmittelbar, gleichwertigen Leistungsaustausch überhaupt gegeben sein kann. Wenn die Leistungen objektiv gleichwertig sind liegt nämlich keine Vermögensverschiebung, sondern eine bloße Vermögensumschichtung vor.⁷¹⁴ Absehbar ist folglich, dass das Bargeschäft Gegenstand einer umfangreichen Rechtsprechung sein wird. Denn die eingeführten Begriffe „Unlauterkeit“ als auch die „Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs“ sind unbestimmt und bedürfen einer Auslegung durch die Gerichte.⁷¹⁵ Zudem wird angeführt, dass es nicht stimmig sei, das Merkmal der Unlauterkeit als Ausschlussgrund des Bargeschäftsprivilegs und es nicht gleich als positive Anfechtungsvoraussetzung nach § 133 InsO zu statuieren.⁷¹⁶

Insgesamt bietet die Reform zumindest auf den ersten Blick weniger Klarheit als sie vom Gesetzgeber intendiert war. Denn es werden einzelne Fallgruppen besonders hervorgeho-

⁷¹⁰ Niering, Stellungnahme, S. 10; Kurz, Stellungnahme, S. 2.

⁷¹¹ Huber, Stellungnahme, S. 6, 14 f.

⁷¹² Kurz, Stellungnahme, S. 3, 6.

⁷¹³ Kurz, Stellungnahme, S. 3.

⁷¹⁴ Kindler/Blitzer, NZI 2017, 369, 375.

⁷¹⁵ Kindler/Bitzer, NZI 2017, 369, 375f.

⁷¹⁶ Kindler/Bitzer, NZI 2017, 369, 375.

ben und an verschiedenen Stellen des Gesetzes mit unterschiedlichen Regelungstechniken vor einer Vorsatzanfechtung geschützt. Auf Vermutungsregelungen folgen in neuen Absätzen „umgekehrte Vermutungen“, und für Bargeschäfte, deren Dauer nur im Arbeitsverhältnis festgeschrieben wird, wird systemwidrig das Tatbestandsmerkmal der Unlauferkeit eingeführt. In der Fristenfrage wird schließlich in unterschiedlichen Absätzen und in neu geschaffenen Fallgruppen (Deckungshandlung / sonstige Vermögensverschiebung) differenziert – aus zwei Absätzen werden vier, und § 142 InsO enthält eine weitere Ausnahme. Durch diese nur *punktueller Neujustierung* gibt die Bundesregierung einzelnen Beschwerden der Wirtschaft nach. Dabei drängt sich der Eindruck auf, Kritik werde lieber *irgendwie* aus dem Tatbestand ausgenommen, statt sich der Grundnorm anzunehmen und dem Grundproblem der Vorsatzanfechtung, insbesondere der Frage nach ihrem Ziel. Die in Kapitel H.I.3 dargelegte Kritik von *Bork* hat somit weiterhin Bestand.⁷¹⁷ Schon jetzt ist zu befürchten, dass der Entwurf nur zum Übergang taugt, zur kurzzeitigen Beruhigung, bis neue Fälle, neue und alte Unsicherheiten hervortreten. Hierbei stellt sich dann die Frage, ob diese dann durch die Absätze 5, 6 und 7 *weg geregelt* werden.

Die Gesetzesreform zeigt die Schwierigkeit, wie die Komplexität von Lebenssachverhalten mit einer einfachen Gesetzesformel gelöst werden kann.⁷¹⁸ Meiner Ansicht nach ist dies dem Gesetzgeber hier nur zum Teil geglückt. Einige Autoren sprechen darüber hinaus sogar davon, dass die Reform ihre Ziele verfehlt habe⁷¹⁹, die Regelung zur Zahlungserleichterung sogar „missraten“ sei.⁷²⁰ Statt einer nur *punktuellen Neujustierung* wäre eine tiefgehende Reform der Vorsatzanfechtung wünschenswert gewesen. Wünschenswert wäre eine Reform gewesen, die nicht nur punktuell, sondern für eine Vielzahl an Fällen zu gerechten Ergebnissen geführt hätte, indem sie die Vorsatzanfechtung ihrem Sinn und Zweck entsprechend ausgestaltet hätte.

III. Eigener Vorschlag

Zutreffend beschreibt der Gesetzgeber in dem Gesetzesentwurf, dass ein neues Gesetz zur Vorsatzanfechtung die widerstreitenden Interessen hinreichend berücksichtigt und zu einem gerechten Ausgleich führen sollte.

⁷¹⁷ *Bork*, ZIP 2014, 1905.

⁷¹⁸ *Antholz*, Reform., Handelsblatt.

⁷¹⁹ *Kindler/Blitzer*, NZI 2017, 369, 377.

⁷²⁰ *Thole*, ZIP 2017, 401, 410.

Natürlich werden sich Stimmen aus der Wirtschaft stets gegen die Anfechtungsregelungen wenden – niemand zahlt gerne etwas zurück. Gleichzeitig stellt die Anfechtung aber ein wichtiges Instrument des Insolvenzrechts dar. Dies erkannten bereits viele Jahre vor den Gesetzgebern der KO und der InsO die Römer, als sie die *actio pauliana* entwickelten. Im Interesse eines geordneten und gerechten Verfahrens muss es schließlich möglich sein, bestimmte Rechtshandlungen anzugreifen. Die Frage lautet demnach, wann dies geboten ist, um die Interessen der Gläubigergesamtheit zu wahren. Es zeigte sich, dass die alte Regelung von verschiedenen Seiten als zu weitgehend empfunden wurde. Die Lehre forderte eine Reduktion, die Wirtschaft *flehte* förmlich um eine Neuregelung, und auch die Insolvenzverwalter gestanden eine Fehlentwicklung in einigen Punkten ein und schienen bei der einen oder anderen Anfechtung selbst ein Gefühl der unbehaglichen Ungerechtigkeit zu verspüren. Einig schienen sich sämtliche Interessengruppen darin zu sein: Nicht jede kritische wirtschaftliche Handlung darf zum *Opfer* von § 133 Abs. 1 InsO werden.

Möglich wäre eine Begrenzung der Norm durch die Einführung der Unlauterkeit als zusätzliche Tatbestandsvoraussetzung gewesen. Dies entspricht dem historischen Ursprung der Vorsatzanfechtung, die lediglich ein unbilliges Verhalten bestraft.⁷²¹ Doch wie richtigerweise angeführt wird, ist der Gesetzgeber an diesen ursprünglichen Sinn nicht gebunden. Er kann darüber hinaus auch die Masseanreicherung zum Ziel der Vorsatzanfechtung erklären, sofern dies seinem Willen entspricht. Das Ziel der Masseanreicherung würde durch ein zusätzliches Unlauterkeitsmerkmal stark eingeschränkt, gar in ihr Gegenteil verkehrt werden. Dass der Gesetzgeber eine Massemehrung bezwecken wollte, ist aber ebenfalls nicht zwingend. Wollte der Gesetzgeber den historischen Zweck beibehalten, ist die Berücksichtigung eines Tatbestandsmerkmals in Form der Unlauterkeit denkbar. Dann würde aber eine starke Einschränkung der Vorsatzanfechtung erfolgen, die ausschließlich dem Interesse potentieller Anfechtungsgegner gerecht würde. Fraglich ist auch, ob die Einführung eines Unlauterkeitsmerkmals ein höheres Maß an Rechtsunsicherheit mit sich bringt. Denn der Begriff der Unlauterkeit ist unbestimmt und wertungsbedürftig. Er muss also durch die Rechtsprechung erneut konkretisiert werden. Dabei ist auch gegenüber der Sicht der Wirtschaft zu bedenken, dass ein Verhalten nicht deshalb schon als *lauter* gelten muss, nur weil es im Geschäftsverkehr üblich ist. Eine bessere

⁷²¹ Windscheid/Kipp, Pandekten, Band 2, S. 938 ff.

Vorhersehbarkeit für den Rechtsverkehr und die damit angestrebte Sicherheit wäre durch eine Unlauterkeitsschwelle allein jedenfalls noch nicht gewährleistet.

Hinter allen Forderungen an den Gesetzgeber, eine Änderung vorzunehmen, stand aber gerade der Wunsch nach mehr Rechtssicherheit im Rechtsverkehr. Meines Erachtens nach muss klar erkennbar sein, welche Rechtshandlungen der Anfechtung unterliegen und welche nicht. Zum anderen muss aber vor allem die Funktionsfähigkeit des Rechtsverkehrs erhalten bleiben. Hinzu kommt, dass es stets der erklärte Wille des Gesetzgebers war, dass der Schuldner trotz wirtschaftlicher Krise ein Teil des Rechtsverkehrs bleibt und weiterhin am Wirtschaftsverkehr teilhaben kann.⁷²² Dies gilt im privaten Bereich umso mehr.

Wenn aber nahezu jede Rechtshandlung der Anfechtung unterfallen kann, ist eine solche Teilhabe nicht mehr möglich. Um einer Anfechtung zu entgehen, wären die übrigen Teilnehmer des Rechtsverkehrs gezwungen – oder zumindest wäre es ihnen zu raten –, die Beziehungen zu dem in einer Krise steckenden Partner abubrechen. Dadurch würde aber eine Sanierung unmöglich gemacht, und Unternehmen und Privatpersonen würden direkt in die Insolvenz getrieben, obwohl deren Solvenz unter anderen Umständen womöglich wiederhergestellt werden könnte. Zwar tauchen in Anfechtungsprozessen nur solche Fälle auf, in denen eine Sanierung schließlich gescheitert ist. Dennoch dürfen all jene Fälle nicht außer Betracht bleiben, in denen eine Sanierung ernsthaft versucht wurde.

Der normale alltägliche Geschäftsverkehr sollte daher zu Gunsten eines funktionsfähigen Rechtsverkehrs ausgenommen werden. Dies kann durch die erweiterte Anwendung der Bargeschäftsausnahme auf die Vorsatzanfechtung erreicht werden. Rechtshandlungen, in denen gerade der Leistungsaustausch – in der Regel im gewöhnlichen Geschäftsverkehr – im Vordergrund steht, unterliegen dann nicht mehr dem Risiko der Vorsatzanfechtung. Sowohl der unternehmerisch tätige als auch der private Schuldner können so weiterhin am Wirtschaftsleben teilhaben, ohne von den übrigen Teilnehmern – im Grunde ungewollt, aber gezwungenermaßen – ausgegrenzt zu werden. Auch für den Insolvenzverwalter stellt eine solche Neuregelung, gerade bei der Insolvenz von Privatpersonen, eine Erleichterung dar: Er erspart sich die Anfechtung jedes Brötchenkaufs beim Bäcker nebenan, die lästig und wirtschaftlich sinnlos wäre.

⁷²² BT-Drucks. 12/2443, S. 167; BGH, NJW 2002, 1772, 1724.

Allerdings sollte dies nicht uneingeschränkt gelten. Um den ursprünglichen Telos einer Vorsatzanfechtung aufzunehmen, soll die Bargeschäftsausnahme im folgend geschilderten Sinne eingeschränkt werden. Liegt trotz Bargeschäft ein unlauteres Verhalten vor, etwa, weil die Vertragsparteien bewusst und gewollt kollusiv zum Nachteil der Gläubiger handeln, greift der Schutzgedanke, der zu einer Ausweitung des Bargeschäftsprivilegs führt, nicht. Das Vertrauen in den Rechtsverkehr ist dann gestört, wenn die Parteien als vordergründiges Ziel die Privilegierung des Vertragspartners gegenüber den übrigen Gläubigern im Sinn haben. Eine solche Rechtshandlung ist nicht schützenswert.

Insofern ist die erfolgte Änderung von § 142 InsO trotz ihrer Systemwidrigkeit zu begrüßen. Der Gesetzgeber schränkte die Vorsatzanfechtung im Falle eines Bargeschäfts ein. Eine Anfechtung erfolgt unter den Voraussetzungen des § 133 InsO nur, wenn „der andere Teil erkannt hat, dass der Schuldner unlauter handelte.“⁷²³

Durch die Erweiterung des Bargeschäftsprivilegs werden aber jene Rechtshandlungen nicht erfasst, die die Sanierung des Schuldners in Form von Ratenzahlungs-Vereinbarungen ermöglichen sollen, denn dabei wird gerade keine unmittelbare Gegenleistung erbracht. Viel eher sind solche Vereinbarungen in der Regel als inkongruent zu bewerten, da sowohl Gläubiger als auch Schuldner ursprünglich keinen Anspruch auf ebendiese Raten haben. Zu bedenken ist aber, dass im Rahmen von Sanierungsbemühungen die Rettung des Unternehmens als Vorteil für alle Gläubiger derart im Vordergrund steht, dass eine mögliche Benachteiligung bei einem Scheitern der Sanierung derart in den Hintergrund rückt, dass ein Vorsatz regelmäßig nicht vorliegt. Zudem ist die Sanierung ein Ziel des Insolvenzrechts.

Daher wäre eine entsprechende Kodifizierung wünschenswert („*Widerlegung der Vorsatzvermutung*“). Diese könnte wie folgt gestaltet werden:

„§ 133 Vorsätzliche Benachteiligung („*Widerlegung der Vorsatzvermutung*“)

(1) Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, die der Schuldner in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte. Diese Kenntnis wird vermutet, wenn der andere Teil wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und dass die Handlung die Gläubiger benachteiligte. **Dies gilt nicht, wenn der andere Teil davon ausgehen durfte, dass die Rechtshandlung**

⁷²³ Wortlaut § 142 InsO.

im Rahmen von ernsthaften Sanierungsbemühungen erfolgte oder von einem anderen anfechtungsrechtlich unbedenklichen Willen dominiert wurde“

Bei einer solchen Formulierung greift die Vermutungsregel für die Kenntnis des Vorsatzes nicht in jedem Fall ein.

Gleichzeitig bleibt eine Anfechtung aber auch trotz des Vorliegens von Sanierungsbemühungen möglich. Zur bloßen Kenntnis der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit müssen dabei jedoch weitere Indizien hinzutreten. Der Vorsatz der Gläubigerbenachteiligung muss für den potentiellen Anfechtungsgegner besonders deutlich hervortreten. Eine Anfechtung wäre daher auch in solchen Fällen möglich, in denen ein anfechtungsrechtlich unbedenklicher Wille die Rechtshandlung dominiert.

Denkbar wäre auch eine Regelung, die in bestimmten Fällen vermutet, dass ein Vorsatz des Schuldners nicht vorliegt („*negative Vorsatzvermutung*“):

„§ 133 Vorsätzliche Benachteiligung („*negative Vorsatzvermutung*“)

(1) Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, die der Schuldner in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte. Diese Kenntnis wird vermutet, wenn der andere Teil wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und dass die Handlung die Gläubiger benachteiligen konnte. **Erfolgt die Rechtshandlung im Rahmen von ernsthaften Sanierungsbemühungen oder wird die Rechtshandlung von einem anderen unbedenklichen Willen dominiert, wird widerleglich vermutet, dass ein Vorsatz des Schuldners nicht vorliegt.**“

Diese Privilegierung geht weiter, indem sie nicht nur die Vermutung des Schuldnervorsatzes entkräftet, sondern eine gegenteilige Vermutung aufstellt. Liegt der Vorsatz des Schuldners nicht vor, kann zwangsläufig auch keine Kenntnis vom Vorsatz gegeben sein.

In dieser Regelung müssen besondere Voraussetzungen hinzutreten, die zu einer Bejahung des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes führen.

Zu bedenken ist dabei aber Folgendes: Da sich die Anfechtung immer gegen den Anfechtungsgegner richtet, ist es vertretbar, dass sich die Anforderungen auch auf ihn beziehen. Zudem soll die Reform zu einer Erhöhung der Rechtssicherheit führen. Eine solche würde aber nur erreicht, wenn sich der potentielle Anfechtungsgegner an eigenen inneren Tatsachen orientieren kann. Der *schutzwürdige, helfende* Vertragspartner soll vor einer späteren Anfechtung geschützt werden und somit daran gehindert werden, wegen des Anfechtungsrisikos Sanierungshilfen für den Schuldner zu verweigern. Tatsächlich wird es

für den potentiellen Anfechtungsgegner nur schwer erkennbar sein, inwiefern tatsächlich ein ernsthaftes Sanierungskonzept vorliegt. Wie verhält es sich etwa in Fällen, in denen der Schuldner nur – glaubhaft – vorgibt, er verfüge über ein erfolgversprechendes Sanierungskonzept? In solchen Fällen fehlte es an einer ernsthaften Sanierungsbemühung, und daher wäre der Vorsatz des Schuldners bei Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit wieder zu bejahen. Dann taucht die Frage auf, wie es sich mit der Kenntnis des anderen Teils verhält. Während sich ein Gericht bei Anwendung der „*negativen Vorsatzvermutung*“ mit dieser Frage auseinandersetzen muss, kann diese Frage bei der erstgenannten Variante leicht beantwortet werden: Ist für den Anfechtungsgegner eine ernsthafte Sanierungsbemühung zu erkennen, fehlt es an einer Kenntnis der Gläubigerbenachteiligungsabsicht.

Zu bedenken ist auch, dass ein gerechter Interessenausgleich erfolgen soll. Dies wird nicht erreicht, indem den naturgegeben einseitigen, interessengeleiteten Forderungen und Vorschlägen der Wirtschaftsverbände so weit wie möglich entgegengekommen wird. Auch der Insolvenzverwalter, in diesem Fall als Vertreter der Gläubigersamtheit, hat ein berechtigtes Interesse an einer Anfechtung, deren Hürden nicht unerreichbar hoch sind. Im Falle von Sanierungsbemühungen träfe bei einer solchen Neuregelung den Insolvenzverwalter die Beweislast, ohne dass irgendwelche Vermutungsregeln greifen. Das bloße Abstellen auf die Zahlungsunfähigkeit wäre ihm also nicht mehr möglich. Er müsste sowohl den Vorsatz als auch die Kenntnis dieser beweisen. Dies wird nur gelingen, wenn zu der Zahlungsunfähigkeit weitere Kriterien hinzutreten, die ein Erkennen seitens des Anfechtungsgegners provozieren könnten und müssten. Denn erst, wenn zusätzliche Umstände hervortreten und der Vorsatz der Gläubigerbenachteiligung dadurch deutlich erkennbar wird, verliert der Anfechtungsgegner nach dieser Regelung seine Schutzwürdigkeit: Das Vertrauen in den Rechtsverkehr wäre dann gestört. Ein Anfechtungsgegner, dem sich der Vorsatz dann aus anderen Indizien als der Zahlungsunfähigkeit aufdrängte, wäre nicht weiter der *helfende* Vertragspartner. Da der Anfechtungsgegner aber selbst bewerten kann, was er erkennt, unabhängig von den inneren Zuständen des Schuldners, würde ihm ein hohes Maß an Rechtssicherheit geboten. Dieser Regelungsansatz würde somit dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit entsprechen.

In der Gesetzesbegründung sollte dann zudem klar formuliert werden, welche Anforderungen an die Ernsthaftigkeit zu stellen sind, um die juristische und zuvor die praktische Auslegung der Norm zu erleichtern.

Sicherlich reicht diesbezüglich eine lapidare Schutzbehauptung des Schuldners, er wolle sanieren, nicht aus. Eine bestimmte Qualität im Sinne von Ernsthaftigkeit muss daher gefordert werden. Diese Hürde sollte, insbesondere im Hinblick auf die Insolvenz von Privatpersonen, jedoch nicht zu hoch angesetzt werden. Es kann nicht verlangt werden, dass der Schuldner über ein professionell ausgefertigtes Sanierungskonzept, welches er bereits in die Tat umgesetzt hat, verfügt. Es ist nicht einzusehen, warum ein Konzept, in dem sich der Schuldner tatsächlich und umfangreich mit den Sanierungsmöglichkeiten auseinandersetzt, bereits umgesetzt worden sein muss. Der Erstbetroffene von dem Konzept würde dann stets nicht von dem Sanierungsprivileg erfasst sein, der zweite hingegen schon. Das kann nicht richtig sein. Auf die begonnene Umsetzung des Konzeptes muss verzichtet werden. Entscheidend für den Wegfall des Vorsatzes ist die Ernsthaftigkeit. Es muss erkennbar sein, dass der Schuldner eine Sanierung anstrebt und hierfür Ideen und Konzepte entwickelt hat. Diese müssen eine gewisse Gründlichkeit aufzeigen und nicht nur oberflächlicher Natur sein. Der Umfang eines Konzeptes, die Ideenvielfalt, die Tauglichkeit, Klarheit und Schlüssigkeit sowie das Potential eines Konzeptes können als taugliche Kriterien für die Ernsthaftigkeit herangezogen werden.

Insgesamt kann das Bedürfnis nach Rechtssicherheit im Rahmen des Anfechtungsrechts nur dann befriedigt werden, wenn der Gesetzgeber klare Feststellungen trifft. Soll die Vorsatzanfechtung, wie in ihrem ursprünglichen Sinn, unlauteres Verhalten strafen, oder soll sie ein Instrument der Masseanreicherung bei bloßer Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit sein? Denn unabhängig vom Umfang und von der Lautstärke der Beschwerden von Seiten der Wirtschaft sollte gelten: Ein wirtschaftliches Verhalten muss nicht schon deshalb vom Gesetzgeber als schützenswert erachtet werden, weil es verkehrsmäßig ist. Welche Daseinsberechtigung hätten sonst Gesetze in Gebieten wie dem Wettbewerbsrecht (UWG), dem Kartellrecht und dem Insolvenzrecht? Nötig ist dann jedoch eine klare Position, an der sich die Wirtschaft orientieren und gegebenenfalls anpassen kann.

Im Rahmen der Gesetzesreform zur Schaffung der Insolvenzordnung erfolgte keine ausreichende Begründung für die Regelung in § 133 InsO. Eine neue Zielsetzung, ein neues Telos wurde der Norm in der Begründung nicht eingehaucht. Doch jede Norm muss einen bestimmten Sinn und Zweck verfolgen. Handelt es sich dabei lediglich um die Reform einer Vorgängernorm, kann auf die Zielsetzung dieser Norm zurückgegriffen werden. § 31 KO sollte unlauteres Verhalten bestrafen. Gleichzeitig wurde für die Reform des

Insolvenzrecht, das das allgemeine Ziel formuliert, eine Massentärkung durch eine Vereinfachung des Verfahrens zu bewirken.⁷²⁴ Insofern wurden die bereits entwickelten Ansätze des BGH aufgenommen.⁷²⁵ Die Absicht wick dem Vorsatz. Doch man kann der Änderung nicht entnehmen, dass durch diese Änderung auch der Grundgedanke der Vorsatzanfechtung weichen sollte. Denn wenn mit § 133 InsO nicht mehr das Ziel verfolgt werden sollte, unlautere Verhaltensweisen zu strafen, hätte der Gesetzgeber dies hervorheben müssen. In der Begründung gibt er aber selbst an, dass die geltende Konkursanfechtung im Grundsatz beibehalten werde.⁷²⁶ Er betont, dass keine Änderung des geltenden Rechtszustandes eintreten solle.⁷²⁷ Ein Vorsatz muss demnach stets eine Unlauterkeit beinhalten. Zu dieser Frage lässt sich auch in der neuen Gesetzesbegründung keine Aussage finden. Der Gesetzgeber erklärt lediglich, welche Praktiken zukünftig zu schützen seien und dass es im Übrigen bei der alten Regelung bleibe.⁷²⁸ Ein Vorsatz in diesem Sinne kann freilich bereits dann vorliegen, wenn beide Teile wissen, dass der Schuldner zahlungsunfähig ist. Wie der BGH zutreffend feststellt, ist den Parteien dann auch bewusst, dass die übrigen Gläubiger keine entsprechende Befriedigung mehr erhalten können.⁷²⁹ Eine Gläubigerbenachteiligung wird dann billigend in Kauf genommen – Wissens- und Willenselement sind also gegeben. Werden jedoch beide Parteien von einem anderen, stärkeren Willen geleitet, tritt das Willenselement einer Benachteiligung in den Hintergrund. Die Parteien haben nicht im Fokus ihrer Handlung und ihres Willens, dass andere benachteiligt werden könnten. Im Rahmen einer Sanierung beispielsweise sollen die übrigen Gläubiger gar nicht benachteiligt werden, sondern vielmehr künftig profitieren. Selbst wenn dann noch von der Kenntnis einer Benachteiligungsmöglichkeit gesprochen werden kann, ist das Vorliegen eines voluntativen Elementes sehr fraglich. Der Wille wird vielmehr von der Rettung des Unternehmens zum eigenen Wohle, aber auch zum Wohle aller Gläubiger geleitet. Dies ist jedoch kein unlauterer Wille, sondern vielmehr ein Wille, der angesichts der neuen Zielsetzung des ESUG-Verfahrens zu begrüßen und zu fördern ist. Das ESUG Verfahren beruht auf einer Änderung der Insolvenzordnung aus 2012, welche im Rahmen des sog. ESUG (Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen) umgesetzt wurde. Das ESUG hat das Schutzschirmverfahren neu eingeführt und

⁷²⁴ BT-Drucks. 12/2443, S. 160.

⁷²⁵ BT-Drucks. 12/2443, S. 160.

⁷²⁶ BT-Drucks. 12/2443, S. 156.

⁷²⁷ BT-Drucks. 12/2443, S. 160.

⁷²⁸ BT-Drucks. 18/7054, S. 2.

⁷²⁹ BGH, NJW 2003, 3560, 3561.

erhebliche Erleichterungen und Konkretisierungen beim Eigenverwaltungsverfahren sowie beim Insolvenzplanverfahren bewirkt. Denn das ESUG soll die Sanierung von Unternehmen unter Nutzung des Insolvenzverfahrens erleichtern.⁷³⁰

Ebenso tritt die unlautere billigende Inkaufnahme der Gläubigerbenachteiligung derart in den Hintergrund, wenn ein Bargeschäft vorliegt. Hier erfolgt ein gleichwertiger Leistungsaustausch. Den Parteien ist somit aufgrund der Gleichwertigkeit gar nicht bewusst, das Schuldnervermögen zu mindern und den Zugriff der übrigen Gläubiger zu vereiteln. Ihr Wille ist auf den Austausch gerichtet, und damit verbunden ist – in der Regel – die Aufrechterhaltung des üblichen Geschäftsverkehrs, von dem der Schuldner ja gerade nicht ausgeschlossen werden soll. Auch hier werden die Parteien nicht von einem unlauteren Willen geleitet.

Sowohl die Sanierung als auch das Bargeschäft sollten daher beispielhaft – wie in der vorgeschlagenen Regelung – besonders herausgenommen werden. Zwar erfolgte dies stellenweise auch durch die Rechtsprechung. Diese barg aber dennoch Unsicherheiten. Auch die Anforderungen, insbesondere im Hinblick auf Sanierungsbemühungen, waren zu hoch angesetzt. Gerechte Anforderungen müssen berücksichtigen, dass sich die Sanierung auf den Willen als subjektives Element auswirkt. Warum aber ein ernsthaft Sanierungswilliger bereits erste Schritte des Sanierungsplans vollzogen haben muss, ist, wie bereits mehrfach gezeigt, unverständlich.

Würde man nur die Sanierung herausnehmen, müsste sich aber auch dieser Gesetzentwurf den Vorwurf gefallen lassen, nur einen Einzelfall *punktuell neu zu justieren*. Ziel muss es jedoch sein, eine abstrakte Norm für eine Vielzahl an Fallgestaltungen zu schaffen. Daher sollte die Sanierung als erklärtes Ziel der Insolvenzordnung nur als prägnantes Beispiel aufgeführt werden. Die vorgeschlagenen Regelungen beziehen sich daher ausdrücklich auch auf alle weiteren Fälle, bei denen der Schuldner mit einem *unbedenklichen Willen* handelt. Ein Schutz vor dem *Schwert* Vorsatzanfechtung muss auch für alle weiteren Fälle gelten, in denen ein dominanter Wille vorliegt, der anfechtungsrechtlich von unbedenklicher Natur ist. Dies gebietet der Sinn und Zweck der Vorsatzanfechtung, nach dem unlautere Verhaltensweisen sanktioniert werden sollen, deren *Quelle* der Vorsatz des Schuldners ist und der daher einer genauen Subsumtion und einer genauen Untersuchung bedarf.

⁷³⁰ MünchKomm/ Eidenmüller, vor §§ 217 bis 269 InsO, Rn. 70.

I. Schluss

Hatten der BGH und dessen Rechtsprechung zur Vorsatzanfechtung nunmehr ein Gespenst erschaffen, das ruhelos durch den Rechtsverkehr spukte, wie in der Einleitung angedeutet wurde?

Die Arbeit zeigt, dass das Vorgehen der Rechtsprechung teilweise zu Recht kritisiert wurde und die erfolgte Gesetzesreform aufgrund der entstandenen Unklarheiten und Unsicherheiten notwendig machte.

Gleichwohl zeigte die Herangehensweise der Rechtsprechung an die Vorsatzanfechtung in Ausnahmen, insbesondere in bargeschäftsähnlichen Fällen, den richtigen Ansatz. In diesen Fällen zeigte die Herangehensweise, dass die Bestandteile des Vorsatzes, der Anknüpfungspunkt für den Schutzzweck des § 133 Abs. 1 InsO ist, ernst genommen wurden. Der Schuldner muss die Gläubigerbenachteiligung nicht nur erkennen und somit das Wisenselement des Vorsatzes verwirklichen, er muss die Benachteiligung auch willentlich billigend in Kauf nehmen.⁷³¹ Tritt die Benachteiligung jedoch für den Schuldner derart in den Hintergrund, dass sie zu einer *unsichtbaren* Begleiterscheinung wird, ist das Wissen und Wollen der Benachteiligung zu verneinen. Die Frage nach dem Vorsatz des Schuldners war und ist der entscheidende und richtige Anknüpfungspunkt bei einer Vorsatzanfechtung. In diesem Merkmal offenbart sich der Sinn und Zweck der Vorsatzanfechtung. Sinn und Zweck der Vorsatzanfechtung ist – sowohl in ihrem historischen Ursprung als auch im Rahmen der nachfolgenden Kodifizierungen – die Sanktionierung *frauduloser* Verhaltensweisen. Der Schuldner soll nicht die Interessen seiner Gläubiger bewusst und gewollt beeinträchtigen. Eine solche Gesinnung ist unlauter. Die in der entsprechenden Norm früher geforderte Absicht und heute der geforderte Vorsatz sind Ausdruck des Vorwurfs der Unlauterkeit.

Obwohl sich diesem subjektiven Merkmal in der Regel nur in Form von objektiven Indizien genähert werden kann, war und ist eine sorgfältige Betrachtung vorzunehmen, um die Frage zu klären: Liegt das Wissen und Wollen in Form der billigenden Inkaufnahme vor, oder wird der Schuldner bei der Vornahme seiner Rechtshandlung von einem anderen, anfechtungsrechtlich unbedenklichen Willen geleitet?

Ersteres kann bereits dann bejaht werden, wenn der Schuldner seine eigene Zahlungsunfähigkeit kennt. Denn richtigerweise erkennt er auch dann regelmäßig, dass er mit einer

⁷³¹ BT-Drucks. 12/2443, S. 160.

Minderung seines noch vorhandenen Vermögens die Zugriffsmöglichkeiten der weiteren Gläubiger verringert.⁷³² Setzt er sich mit einer „Und wenn schon“-Haltung über Bedenken gegen eine solche Benachteiligung hinweg, zeigt er eine unlautere Gesinnung. Wird die Rechtshandlung dagegen von einer anderen, anfechtungsrechtlich unschädlichen Intention dominiert, ist es fraglich, inwiefern der Schuldner eine Benachteiligung billigend in Kauf nimmt.

Im Rahmen von kongruenten Deckungen und insbesondere in bargeschäftsähnlichen Situationen war daher zu fragen, ob der Leistungsaustausch und die *Erhaltung des Vermögens* in einer Gesamtschau derart im Vordergrund stehen und somit bewusstseinsbestimmend waren, dass ein Eventualvorsatz im Hinblick auf die Benachteiligung zu verneinen war. Die Frage nach dem Vorsatz des Schuldners stellte sich darüber hinaus aber auch dann, wenn der Schuldner durch die Rechtshandlung gerade die Sanierung seines Unternehmens oder seiner privaten Finanzen anstrebte – sein Handeln also von einem grundsätzlich gläubigerfreundlichen Motiv, nämlich der Rettung vor der Insolvenz, bestimmt wurde. Auch in Fällen einer Strafandrohung oder in Fällen, in denen der Schuldner eine gesetzliche Pflicht erfüllte, war ein Wissen und Wollen des Schuldners – und damit auch ein Eventualvorsatz – regelmäßig nicht gegeben.

Zudem war der Frage nachzugehen, inwiefern in den eben genannten Fällen eine Kenntnis des Anfechtungsgegners angenommen werden konnte und kann. Zwar stellt § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO die positive Vermutung einer solchen Kenntnis im Falle der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit auf, wesensimmanent für eine Vermutung ist aber deren Widerlegbarkeit. Wird der Wille des Schuldners erkennbar durch eine andere Motivation dominiert, so kann diese Erkenntnis auch die Vermutung der Kenntnis widerlegen. Erkennt der Anfechtungsgegner, dass der Schuldner unbedingt sein Unternehmen retten will, dann weiß er zwar, dass der Schuldner Zahlungsschwierigkeiten hat, er erkennt jedoch auch, dass die Benachteiligung seiner Gläubiger für den Schuldner im Hintergrund steht. Genauso denkt das unterhaltsberechtignte Kind nicht an die Benachteiligung anderer. Auch ein Arbeitnehmer wird nicht entgeltlos *weiterarbeiten*, weil er erkennt, dass durch eine Lohnzahlung die übrigen Gläubiger benachteiligt würden, sondern vielmehr, weil er durch seine Abhängigkeit von der Lohnzahlung zur Weiterarbeit gezwungen ist. Denn

⁷³² BGH, NJW 2003, 3560, 356.

was wäre sonst seine Alternative gewesen? Kündigen, um einer Anfechtung vorzubeugen?

Diese besondere Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers griff zuvor das BAG, wie hier aufgezeigt, in seiner Rechtsprechung zur Vorsatzanfechtung auf.⁷³³ Das BAG wich bewusst von der Rechtsprechung des BGH ab. Die Gerichte normierten unterschiedliche Anforderungen, unterschiedliche Auslegungen, obwohl sie denselben Normtext vor sich hatten. Ein solcher Zustand erschien angesichts des Bestrebens nach Rechtssicherheit und nach einer einheitlichen Auslegung des Gesetzes nicht hinnehmbar. Insbesondere in Fällen, in denen die Rechtswegzuständigkeit im Sinne von § 17 GVG einer schwierigen Beurteilung bedurfte, war der hinzutretende Unsicherheitsfaktor, der durch die unterschiedliche Handhabung durch das BAG und den BGH begründet wurde, erdrückend. Die neue Regelung setzt hier helfend an. In § 142 Abs. 3 InsO ist die Rechtsprechung des BAG aufgegriffen worden. Arbeitsentgelte genießen nunmehr einen besonderen Schutz vor dem Anfechtungsrecht.

Auch an anderer Stelle barg die Handhabung der Vorsatzanfechtung Unsicherheiten für den Rechtsverkehr, die sich aus dem systematischen Verhältnis von § 130, § 131 InsO und § 133 InsO ergab. Durch die Anfechtungsfristen der §§ 130, 131 InsO, die erheblich kürzer waren und auch nach der Reform noch kürzer sind als die Anfechtungsfrist des § 133 Abs. 1 InsO, wird gleichzeitig ein Vertrauenstatbestand geschaffen.⁷³⁴ Aus der umgekehrten Sicht der besonderen Anfechtung ergibt sich ein Bereich, innerhalb dessen der Anfechtungsgegner nicht mit einem Eingriff in seine geschützten Vermögenspositionen rechnen muss. Freilich stehen die Anfechtungsnormen in einer echten Gesetzeskonkurrenz, sodass sie nebeneinander Anwendung finden. In diesen Fällen muss sich die Auslegung des § 133 Abs. 1 InsO jedoch an dem geschaffenen Vertrauen messen lassen können. Dies gilt auch nach der Reform. Trotz Kürzung der Frist im Falle einer kongruenten Deckung auf vier Jahre gem. § 133 Abs. 1 Abs. 2 InsO ist weiterhin eine zeitlich erhebliche Diskrepanz gegeben.

Wie gezeigt, wurde teilweise die Einführung eines ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals der *Unlauterkeit* gefordert,⁷³⁵ mit der Begründung, dass eine reine Anknüpfung an die Zahlungsunfähigkeit nicht reiche, um das geschaffene Vertrauen zu schützen. Die

⁷³³ vgl. BAG 6 AZR 732/10; BAG 6 AZR 345/12.

⁷³⁴ Lind, Auslegung, S. 105, Foerste, NZI 2006, 6, 7.

⁷³⁵ Etwa: Lind, Auslegung, S. 108.

Einführung eines ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals ist bei einer richtigen Anwendung der Norm aber nicht erforderlich. Denn Anknüpfungspunkt für eine Unlauterkeit sind die subjektiven Merkmale der Norm. § 133 Abs. 1 InsO kann auch in Fällen der besonderen Anfechtung gemäß §§ 130, 131 InsO eine Anfechtung eröffnen, wenn der Sinn und Zweck der Vorsatzanfechtung betroffen ist. Dieser ist genau dann betroffen, wenn sich im Vorsatz die Unlauterkeit widerspiegelt. Ein solcher Umstand verbietet eine pauschale Bejahung einer Anfechtung in den Fällen, die nicht der Deckungsanfechtung unterliegen, und gebietet eine genaue Subsumtion des Vorsatzes.

Nur durch eine genaue Subsumtion des Vorsatzes hätte den Unsicherheiten des Rechtsverkehrs bezüglich ihres täglichen Geschäftsverkehrs, etwa anlässlich von Warenlieferungen oder beim Brötchenkauf eines Verbrauchers, ohne die Reform von § 142 InsO, begegnet werden können.

Und nur so hätte auch den Bedenken bei Sanierungen begegnet werden können. Zu berücksichtigen war dabei noch zusätzlich, dass die Sanierung ein erklärtes Ziel der ESUG ist.⁷³⁶ Diese Zielsetzung wirkt sich auch auf das nationale Insolvenzrecht aus. Gelingt die Sanierung, sind damit Vorteile verbunden, etwa für die Arbeitnehmer eines Unternehmens, aber auch für weitere Gläubiger und für dadurch zufrieden gestellte Geschäftspartner. Muss jedoch jeder Beteiligte eine Anfechtung fürchten, wird er von einer Sanierung Abstand nehmen, den Schuldner *alleinlassen* und ihn letztlich in die sichere Insolvenz stürzen. Die in solchen Situationen nötige Rechtssicherheit ist also nicht nur eine juristische Floskel, sondern ein ernstes Anliegen aller Beteiligten.

Diesem Anliegen wurde nicht ausreichend Rechnung getragen. Der Anwendungsbereich der Vorsatzanfechtung war weit ausgedehnt. Zwar war für eine ausgedehnte Anwendung ein rechtspraktischer Bedarf und ein Interesse zu erkennen, kleine Insolvenzmassen zu vermeiden bzw. die Masse zu stärken, dem stand jedoch das Interesse an einer Verkehrssicherheit entgegen, zu deren Lasten das geltende Recht nicht durch eine Ausweitung der Vorsatzanfechtung überschritten werden durfte. Begrüßenswert war insofern, dass auch der BGH in einzelnen Fällen einer solchen Ausweitung entgegentrat.⁷³⁷

⁷³⁶ Göb, NZG 2012, 371 f.

⁷³⁷ Etwa: BGHZ 180, 98, 104.

Abzuwarten bleibt, ob die Gesetzesänderung vom 05.04.2017 zu einer Änderung in der Rechtsprechung führen wird und dem Rechtsverkehr so den Wunsch nach mehr Rechtssicherheit erfüllen kann. Aus heutiger Perspektive ist es sehr zweifelhaft, ob die Reform zu mehr Rechtssicherheit führen wird. Die Reform enthält zwar begrüßenswerte Ansätze, etwa die Verkürzung der Anfechtungsfrist sowie die Ausweitung des Bargeschäftsprivilegs und der eingeführte Arbeitnehmerschutz. Der Aufbau der punktuellen Neujustierung und die Einführung neuer Abgrenzungs- und Auslegungsschwierigkeiten können dagegen jedoch nicht überzeugen. Insbesondere die „umgekehrte Vermutung“ gem. §133 Abs. 3 S. 2 InsO scheint – zumindest auf den ersten Blick – sogar widersinnig.

Wünschenswert wäre es gewesen, wenn sich der Gesetzgeber dem Grundproblem der Vorsatzanfechtung und ihrer Normgestaltung angenommen hätte und sich nicht allein *punktuell* auf einzelne Forderungen der Wirtschaft beschränkt hätte.

Der Gesetzgeber hätte sich mit den Zielen der Vorsatzanfechtung, ihrem Telos und ihrem Anwendungsbereich präzise auseinandersetzen sollen, um eine auf Dauer angelegte Rechtssicherheit zu erreichen. An den gefundenen Ergebnissen hätte sich auch der Wortlaut der neugestalteten *actio pauliana* orientieren müssen, um dem eingangs zitierten Gespenst der Vorsatzanfechtung ein um sich greifendes *Spuken* auszutreiben.

Literaturverzeichnis

Ahrens, Martin

Anfechtungen in der Insolvenz natürlicher Personen

in: NJW-Spezial 2014, S. 341

zitiert: Ahrens, NJW Spezial 2014

Gesetz zur Verkürzung des Rechtschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte

in: NJW 2014, S. 1841

zitiert: Ahrens, NJW 2014

Andres, Dirk

Andres / Leithaus Insolvenzordnung, Kommentar

3. Auflage, 2014, München

zitiert: Andres/Leithaus/*Andres*, InsO

Antholz, Jan

Bundestag beschließt Reform des Insolvenzanfechtungsrechts

in: Handelsblatt, Rechtsboard, 21.02.2017

zu lesen unter:

<http://blog.handelsblatt.com/rechtsboard/2017/02/21/bundestag-beschliesst-reform-des-insolvenzanfechtungsrechts/>

zuletzt abgerufen am 30.06.2017, 11:40 Uhr

zitiert: *Antholz*, Bundestag

Bauer, Fritz / Stürner, Rolf

Zwangsvollstreckungs-, Konkurs-, und Vergleichsrecht:

Band II: Insolvenzrecht: Ein Lehrbuch

13. Auflage, 2014, Heidelberg

zitiert: *Bauer/Stürner*

Bauer, Joachim

Ungleichbehandlung der Gläubiger im geltenden Insolvenzrecht

Berlin, 2007

zitiert: *Bauer*, Ungleichbehandlung

Bitzer, Fabian / Kindler, Peter

Die Reform der Insolvenzanfechtung

in: NZI 2017, 369

zitiert: *Kindler/Bitzer*, NZI 2017

Blöse, Jochen,

Anfechtbarkeit von Sanierungshonoraren durch den Insolvenzberater

in: BBP 2008, S. 115

zitiert: *Blöse*, BBP 2008

Bork, Reinhard

Die Insolvenzanfechtung von Lohnzahlungen, zugleich Besprechung AG Gera

v. 9.7.2007 - 4C654/07

in: ZIP 2007, 2231

zitiert: *Bork*, ZIP 2007

Die Renaissance des § 133 InsO

in ZIP 2004, 1684

zitiert: *Bork*, ZIP 2004

Grundtendenzen des Insolvenzanfechtungsrechts

in: ZIP 2008, S. 1041

zitiert: *Bork*, ZIP 2008

Neues Insolvenzanfechtungsrecht: Verschärfung oder Entmachtung?

in: ZIP 2014, S. 1905

zitiert: *Bork*, ZIP 2014

de Bra, Peter

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 13.06.2013 - IX ZR 259/12, NZI 2013, 896

in: LMK 2013, 353031

zitiert: *de Bra*, LMK 2013

Cosack, Eduard

Das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und außerhalb des Konkurses, Stuttgart 1884

zitiert: *Cosack*, Anfechtungsrecht

Dauernheim, Jörg

in: Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung

8. Auflage, 2014

zitiert: *Dauernheim*, in: FK

Dernbrug, Heinrich

Pandekten, 2. Band, Obligationsrecht

7. Auflage, 1903, Berlin

zitiert: *Dernbrug*, Pandekten

Drukarczyk, Jochen

in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 1

3. Auflage, 2013, München

zitiert: MünchKomm/*Drukarczyk*

Eck

Buchbesprechung: Neuste Literatur, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners, ZHR 29 (1884), S. 296

zitiert: *Eck*, ZHR 29

Ede, Christine / Hirte, Heribert

in: Uhlenbruck - Insolvenzordnung Kommentar,

14. Auflage, 2015, München

zitiert: Uhlenbruck/*Ede/Hirte*

Ehlers, Harald

Krisenberater unter Druck

in: BB 2014, S. 131

zitiert: *Ehlers*, BB 2014

Eidenmüller, Horst

in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 3

3. Auflage, 2014, München
zitiert: MünchKomm/*Eidenmüller*

Fawzy, Oliver / Köchling, Marcel

Die Reform der Vorsatzanfechtung, oder: die größte Baustelle des Insolvenzrechts?

in: ZInsO 2014, S. 1073

zitiert: *Fawzy/Köchling*, ZInsO 2014

Fischer, Gero

Gläubigerbenachteiligungsvorsatz bei kongruenter Deckung

in: NZI 2008, S. 588

zitiert: *Fischer*, NZI 2008

Fischer, Paul

Gefahrenstellen für Kreditinstitute in der Insolvenz ihrer Kunden

– Konkretisierung des BGH – Teil 1

in ZInsO 2013, S. 1917

zitiert: *Fischer*, ZInsO 2013

Gefahrenstellen für Kreditinstitute in der Insolvenz ihrer Kunden

– Konkretisierung des BGH, Teil 2

in: ZInsO 2013, S. 1969

zitiert: *Fischer*, ZinsO 2013

Foerste, Ulrich

Die Ausdehnung der Vorsatzanfechtung – ein rechtsstaatliches Problem

in: ZInsO 2013, S. 897

zitiert: *Foerste*, ZInsO 2013

Grenzen der Vorsatzanfechtung bei kongruenter Deckung

in: NZI 2006, S. 6

zitiert: *Foerste*, NZI 2006

Teleologische und "pragmatische" Auslegung im Insolvenzrecht
in: ZInsO 2013, S. 1661
zitiert: *Foerste*, ZInsO 2013

Förster, Karsten

Klartext: Bananenrepublik!
in: ZInsO 2005, 785
zitiert: *Förster*, ZInsO 2005

Frind, Frank

Gefahrenzone Eigenverwaltung
in: WM 2014, S. 590
zitiert: *Find*, WM 2014

Fuhst, Christian

Neue Anfechtungsrisiken für Steuerberater – ein Praxisleitfaden
in: DStR 2013, S. 782
zitiert: *Fuhst*, DStR 2013

Ganter, Hans Gerhard

Bargeschäfte (§ 142 InsO) von Dienstleistern
in: ZIP 2012, S. 2037
zitiert: *Ganter*, ZIP 2012

Die Rechtsprechung des BGH zum Insolvenzrecht im Jahr 2013
in: NZI 2014, S. 185
zitiert: *Ganter*, NZI 2014

Vorsatzanfechtung nach fehlgeschlagener Sanierung
in: WM 2009, 1441
zitiert: *Ganter*, WM 2009

Gehrlein, Markus

in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 2

3. Auflage, 2013, München
zitiert: MünchKomm/*Gehrlein*

Anfechtungsrecht in der Insolvenz – Praxiserfahrung und Reformbedarf
in: NZI 2014, S. 481
zitiert: *Gehrlein*, NZI 2014

Neuere Rechtsprechung des BGH zur Vorsatzanfechtung
in: Der Betrieb, 2013, S. 2843
zitiert: *Gehrlein*, Der Betrieb 2013

Gessner, Volkmar; Holzscheck, Knut; Kiessler, Otfried
Die Praxis der Konkursabwicklung in der Bundesrepublik Deutschland: eine
rechtssoziologische Untersuchung
Köln, 1978
zitiert: *Gessner/Kiessler*, Praxis Konkursabwicklung

Göb, Marc
Das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen
(ESUG). Ein Überblick
in: NZG 2012, 371
zitiert: *Göb*, NZG 2012

Goß, Paul
Die Stakeholderkrise; Begriff, Entstehung, Folgen und Überwindung
in: KSI 2013, S. 214
zitiert: *Goß*, KSI 2013

Grevesmühl, Götz
Die Gläubigeranfechtung nach klassischem römischem Recht
Göttingen, 2003
zitiert: *Grevesmühl*, Gläubigeranfechtung

Hartmann, Peter
in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann Zivilprozessordnung

72. Auflage, 2014, München

zitiert: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann/*Hartmann*

Henckel, Wolfram

Anfechtung im Insolvenzrecht

Berlin, 2008

zitiert: *Henckel*, Anfechtung

Altes und Neues zur Gläubigeranfechtung im Konkurs

in: 50 Jahre BGH - Festschrift aus der Wissenschaft, 2000, Band III, S. 785

zitiert: *Henckel*, FS BGH 2000

Die Gläubigeranfechtung - ein taugliches Mittel zur Beseitigung von Verkürzungen der Konkursmasse?

in: ZIP 1982, S. 391

zitiert: *Henckel*, ZIP 1982

Zur Auslegung anfechtungsrechtlicher Normen

in: Festschrift für Walter Gerhardt, zum 70. Geburtstag, 2004, S. 361

zitiert: *Henckel*, FS Gerhardt, 2004

Hergenröder, Curt Wolfgang

Die Reform des Verfahrens zur Entschuldung natürlicher Personen

in: KTS 2013, S. 385

zitiert: *Hergenröder*, KTS 2013

Holzen, Johannes

Krisenerkennung bei insolvenzgefährdeten Unternehmen aus Sicht der gerichtlichen Praxis

in: NZI 2005, S. 308

zitiert: *Holzen*, NZI 2005

Huber, Michael

Das anfechtungsrechtlich privilegierte, aber janusköpfige Bargeschäft nach § 142 InsO

in: ZInsO 2013, S. 1049

zitiert: *Huber*, ZInsO 2013

in: Gottwald, Insolvenzrechtshandbuch

5. Auflage, 2015, München

zitiert: *Huber*, in: Gottwald

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz (BT-Drucks. 18/7054)

Download unter: <http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse18/a06/anhoerungen/stellungnahmen/405786>

zuletzt abgerufen am 25.04.2016, 13:18 Uhr

zitiert: *Huber*, Stellungnahme

Hutschenreuther Ralph / Neugebauer, Michael

§ 133 InsO – Das "ungewollte" Lenkungsinstrument mit ungewollter Reichweite

in: ZInsO 2013, S. 1221

zitiert: *Hutschenreuther/Neugebauer*, ZInsO 2013

Jacoby, Florian

Zur Bedeutung des § 133 InsO im System der Insolvenzanfechtungsgründe

in: KTS 2009, S. 3.

zitiert: *Jacoby*, KTS 2009

Jaeger, Ernst

Die Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkursverfahrens – Erläuterungen des Anfechtungsgesetzes mit thematischer Einführung

Berlin, 1938

zitiert: *Jaeger*, Gläubigeranfechtung

Wie sichert der Anwalt seine Ausgleichsvergütung

in: JW 1915, S. 1253

zitiert: *Jaeger*, JW 1915

Jensen, Thore

Vollstreckt gnadenlos!

in: NZI 2011, S. 798

zitiert: *Jensen*, NZI 2011

Kayser, Godehard

in: Münchner Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 2

3. Auflage, München 2013

zitiert: MünchKomm/*Kayser*

Vorsatzanfechtung im Spannungsverhältnis von Gläubigergleichbehandlung
und Sanierungschancen

in: NJW 2014, S. 422

zitiert: *Kayser*, NJW 2014

Keller, Ulrich

Der Unterhaltsanspruch als Insolvenzforderung und die Stellung des Unter-
haltsgläubigers im Insolvenzverfahren

in: NZI 2007, S. 143

zitiert: *Keller*, NZI 2007

Kendels, Dietmar

Wann ist eine Vollstreckungshandlung als Rechtshandlung des Schuldners
nach § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar?

in: ZIP 2004, S. 2085

zitiert: *Kendels*, ZIP 2004

Ketter, Ulrich

Insolvenzrecht

1. Auflage, 2006

zitiert: *Ketter*, Insolvenzrecht

Kirchhoff, Hans-Peter

in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 2

3. Auflage, München 2013

zitiert: MünchKomm/*Kirchhoff*

Vorsatzanfechtung nach § 3 des Anfechtungsgesetzes im Vergleich mit § 133
der Insolvenzordnung

in: Sanierung, Insolvenz, Berufsrecht der Rechtsanwälte und Notare, Festschrift für Hans Gerhard Ganter zum 65. Geburtstag
München, 2010
zitiert: *Kirchhoff*, in: FS Ganter

Korenke, Thomas

Bürgerliches Recht – Eine systematische Darstellung der Grundlagen mit Fällen und Fragen
München, 2006
zitiert: *Korenke*, Bürgerliches Recht

Krasnopolski, Horaz

Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österreichischem Recht
Wien, Leipzig 1889
zitiert: *Kransopolski*, Anfechtungsrecht

Kreft, Gerhart

in: Heidelberger Kommentar Insolvenzordnung
7. Auflage, 2014
zitiert: *Kreft*, in: HK

Kudlich, Hans

in: Beck'scher Online Kommentar StGB
Stand: 10.09.2015
zitiert: *Kudlich*, in: BeckOK

Kummer, Joachim

Die actio pauliana im 21. Jahrhundert oder: Was blieb vom D.42.8. Eine Bestandsaufnahme
in: Verschuldung, Haftung, Vollstreckung, Insolvenz, Festschrift für Kreft, Recklinghausen, 2004, S. 393
zitiert: *Kummer*, FS Kreft 2004

Kurz, Birgit

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz (BT-Drucks. 18/7054)

Download unter: <http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse18/a06/anhoerungen/stellungnahmen/405786>
zuletzt abgerufen am 25.04.2016, 13:19 Uhr
zitiert: *Kurz*, Stellungnahme

Lind, Thorsten Patric

Zur Auslegung von § 133 InsO, insbesondere im System der Anfechtungstatbestände
Berlin, 2006
zitiert: *Lind*, Auslegung

Leckner, Theodor / Bosch, Nikolaus

in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar
29. Auflage, München, 2014
zitiert: *Leckner/Bosch*, Schönke/Schröder, StGB

Lütcke, Niklas

Insolvenzanfechtung von im Wege des Bargeschäfts erfolgten Lohnzahlungen – BAG, Urt. v. 29.01.2014 – 6 AZR 345/12, NZI 20147, 372
in: NZI 2014, S. 350
zitiert: *Lütcke*, NZI 2014

Vorsatzanfechtung – Andeutung einer Kurskorrektur durch den BGH?
in: ZInsO 2013, S. 1984
zitiert: *Lütcke*, ZInsO 2013

Lwowski, Hans-Jürgen / Wunderlich, Nils-Christian

Neues zum Bargeschäft – Zugleich Anmerkungen zum BGH-Urteil v. 18.7.2002 – IX ZR 480/00, ZinsO 2002, 876 = WM 2002, 1808
in: Insolvenzrecht im Wandel der Zeit – Festschrift für Hans-Peter Kirchhof zum 65. Geburtstag, S. 301
Recklinghausen, 2003
zitiert: *Lwowski/Wunderlich*, in: FS Kirchhof

Maas, Heiko

Rede des Bundesministers der Justiz und Verbraucherschutz beim 11. Deutschen Insolvenzrechtstag am 03.04.2014 in Berlin

in: ZInsO 2014, S. 819
zitiert: *Maas*, ZInsO 2014

Niering, Christoph

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz (BT-Drucks. 18/7054)

Download unter: <http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse18/a06/anhoerungen/stellungnahmen/405786>

zuletzt abgerufen am 25.04.2016, 13:20 Uhr

zitiert: *Niering*, Stellungnahme

Oberheim, Rainer

Beweiserleichterung im Zivilprozess,

in JuS 1996, S. 729

zitiert: *Oberheim*, JuS 1996

Pape, Gerhard

Von der Perle der Reichsjustizgesetze zur Abbruchhalde

in: ZInsO 2005, 842

zitiert: *Pape*, ZInsO 2005, 842

Paulus, Christoph

Der subjektive Tatbestand der Insolvenzanfechtung

in: WM 2000, 2225

zitiert: *Paulus*, WM 2000

Ein Spannungsfeld in der Praxis: Sanierung und Insolvenzanfechtung

in: Betriebs Berater 2001, Frankfurt, S. 425

zitiert: *Paulus*, BB 2001

Notwendige Änderungen im Insolvenzrecht?

in: ZIP 2005, S. 2301

zitiert: *Paulus*, ZIP 2005

Verbindungslinien des modernen Insolvenzrechts

in: ZIP 2000, S. 2189

zitiert: *Paulus*, ZIP 2000

Zur Auslegung anfechtungsrechtlicher Vorschriften, Festschrift für Gero Fischer zum 65. Geburtstag, 2008, München, S. 445

zitiert: *Paulus*, FS Fischer 2008

Paulus, Christoph / Schröder, Wolfgang

Über die Verschärfung des Rechts der Insolvenzanfechtung, WM 1999, 258

zitiert: *Paulus/Schröder*, WM 1999

Pawlowski, Hans-Martin

Methodenlehre für Juristen – Theorie der Norm und des Gesetzes

3. Auflage

Heidelberg, 1999

zitiert: *Pawlowski*, Methodenlehre

Pfeiffer, Gerd

Strafprozessordnung. Kommentar, München 2005

zitiert: *Pfeiffer*, StPO

Plathner, Jan Markus / Luttmann, Maik

Anmerkung BGH, Urt. v. 13.06.20–13 – IX ZR 259/12

in: NZI 2013, 898

zitiert: *Plathner/Luttmann*, NZI 2013

Prade, Hans-Otto

Drei kleine Ärgernisse

in: ZInsO 2013, S. 127

zitiert: *Prade*, ZInsO 2013

Priebe, Klaus

Risiko Ratenzahlung – ein Gespenst geht um in Deutschland: Die Vorsatzanfechtung, § 133 InsO. Auch eine Anmerkung zum BGH-Urt. v. 6.12.201–2 – IX ZR 3/12, ZInsO 2013, 190

in: ZInsO 2013, S. 2479

zitiert: *Priebe*, ZInsO 2013

Risiko Sanierung. Der misslungene Sanierungsversuch im Spiegel der Insolvenzanfechtung: Sanierungskultur versus Insolvenzskultur?

in: ZInsO 2012, S. 1589
zitiert: *Priebe*, ZInsO 2012

Rein, Andreas

Insolvenzanfechtung der Zahlung einer Geldstrafe
in: NJW-Spezial 2014, S. 6611
zitiert: *Rein*, NJW-Spezial 2014

Ries, Stephan

Zahlung rückständiger Vergütung als Bargeschäft; Insolvenzanfechtung
in: ZInsO 2012, S. 37
zitiert: *Ries*, ZInsO 2012

Ritscher, Christian

in: Münchener Kommentar zum StGB
2. Auflage, München 2012
zitiert: MünchKomm/*Ritscher*

Schmerbach, Ulrich

Stellungnahme zu Art. 2 des Entwurfs eines Gesetzes zum Pfändungsschutz
der Altersvorsorge und zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung
in: ZInsO 2005, 865
zitiert: *Schmerbach*, ZInsO 2005

Schellhammer, Kurt

Zivilprozess; Gesetz – Praxis – Fälle
14. Auflage, 2013
zitiert: *Schellhammer*, Zivilprozess

Schneidewind, Justus

Gemeinsames Positionspapier zur Thematik Notwendige gesetzgeberische
Korrekturen im Recht der Insolvenzanfechtung nach §§ 133, 142 InsO (Vor-
satzanfechtung) von Bundesverband Großhandel, Außenhandel, Dienstleistun-
gen e.V. (BGA), Bundesverband Deutscher Baustoff- Fachhandel e.V. (BDB),
Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft (BDEW), Bundesverband
Deutscher Stahlhandel (BDS AG), Bundesverband Credit Management e.V.
(BvCM), Bundesverband Druck und Medien e.V. (bvdn), Verband Deutscher

Gas- und Stromhändler e.V. (EFET Deutschland), Gesamtverband der deutschen Textil- und Modeindustrie e.V. (t+m), Bundesverband Deutscher Leasing-Unternehmen e.V. (BDL)

http://www.bga.de/fileadmin/freigabe/Downloads/Publikationen/Recht_und_Wettbewerb/Gemeinsame_Position_Insolvenzanfechtung__8_Verbaende__1.11.2013_.pdf

10.11.2015, 18:15h

zitiert: *Schneidewind*, Positionspapier

Schoppmayer, Heinrich

§ 133 Abs. 1 InsO versus §§ 130, 131 InsO: Ist die Deckungsanfechtung nur ein Unterfall der Vorsatzanfechtung?

in: ZIP 2009, S. 600

zitiert: *Schoppmayer*, ZIP 2009

Schreiber, Ralf

Haftung des Beraters in der Insolvenz/Insolvenzanfechtungstatbestände bei gezahlten Honoraren des Mandanten, Buchalik Brömmekamp Newsletter, Oktober 2015

zitiert: *Schreiber*, Buchalik Brömmekamp Newsletter

Sternberg-Lieben, Detlev / Schuster, Frank

in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar

29. Auflage, München, 2014

zitiert: *Sternberg/Schuster* in: Schönke/Schröder

Strandmann, Uwe

Gerät der subjektive Tatbestand des § 133 Abs. 1 InsO "unter die Räder"? Eine kritische Betrachtung der Urteile des BGH v. 19.9.2013 – IX ZR 4/13, ZInsO 2013, 2213 und v. 24.10.201–3 – IX ZR 104/13, ZInsO 2013, 2378

in: ZInsO 2014, S. 538

zitiert: *Strandmann*, ZInsO 2013

Thole, Christoph

Die Kritik an der Ausdehnung der Vorsatzanfechtung auf dem Prüfstand

in: ZIP 2013, S. 2081

zitiert: *Thole*, ZIP 2013

Das Reformgesetz zur Insolvenzanfechtung

in: ZIP 2017, 401

zitiert: *Thole*, ZIP 2017.

Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht

Tübingen, 2010

zitiert: *Thole*, Gläubigerschutz

Undritz, Sven-Holger

Sanierungsfalle Vorsatzanfechtung

Download unter: <http://blog.handelsblatt.com/rechtsboard/2012/01/31/sanierungsfalle-vorsatzanfechtung/>, 10.09.2014, 15:44h

zitiert: *Undritz*, Sanierungsfalle

Vallender, Heinz

Die originäre Anfechtungsbefugnis des Insolvenzverwalters im reformierten Verbraucherinsolvenzverfahren

in: NZI 2014, S. 535

zitiert: *Vallender*, NZI 2014

Weiland, Nils

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz (BT-Drucks. 18/7054)

Download unter: <http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse18/a06/anhoerungen/stellungnahmen/405786>

zuletzt abgerufen am 25.04.2016, 13:21

zitiert: *Weiland*, Stellungnahme

Willems, Constantin

Ius civile vigilantibus scriptum est. Ein römischrechtlicher „Grundsatz“ als „Grundlage des modernen Rechts“?

in: RIDA 60 (2013), S. 341

zitiert: *Willems*, RIDA 60 (2013)

Windscheid, Bernhard / Kipp, Theodor

Lehrbuch des Pandektenrechts in drei Bänden

9. Auflage, Leipzig, 1906

zitiert: *Windscheid/Kipp*, Pandekten

Zeuner, Mark

Ist eine Zwangsvollstreckungshandlung eine Rechtshandlung des Schuldners im Sinne von § 133 InsO oder ist der Gerichtsvollzieher Räuber oder Erpresser?

in: Schriften zum deutschen, europäischen und internationales Insolvenzrecht, Band 13, Neue Fragen des Insolvenzrechts

Kiel, 2007

zitiert: *Zeuner*, Neue Fragen